Der Fahrlässigkeitsbegriff des bürgerlichen Gesetzbuches

Unter besonderer Berücksichtigung des § 839

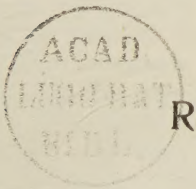
Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristen-Fakultät der Universität zu Rostock



vorgelegt von

Robert Stuhlmann
Referendar in Hamburg

Melle i. Hann.
Druck der Buch- und Kunstdruckerei von F. E. Haag
1908

Referent: Professor Dr. Bernhöft.

Verzeichnis der bei der vorliegenden Arbeit benutzten Literatur.

Achilles, Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe.

Arndts, Pandekten, 1889.

Baron, Pandekten, 1879.

Bernhöft, Zur Frage der Haftpflicht. In den Beiträgen zur Auslegung des BGB., 3. Heft.

v. Blume, Die Fahrlässigkeit und ihre Abstufungen im bürgerlichen Recht. Jahresbericht 1903/04 der Berliner Juristischen Gesellschaft.

Boden, Haftung der Beamten der freiwilligen Gerichtsbarkeit für Verschulden Im Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat, II. Jahrgang, 1902, S. 244—264.

Brinz, Pandekten, 2. Aufl., 1879.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 4. Aufl., 1903.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts.

Delius, Die Haftpflicht der Beamten, 1901.

Dernburg, Pandekten, 6. Aufl., 1900.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 6. Aufl., 1899.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht, 2. Aufl., 1901.

Hachenburg, Das bürgerliche Gesetzbuch. Vorträge. 1897.

Haffner, Über die civilrechtliche Verantwortlichkeit der Richter (Syndikatsklage). Tüb. Diss., 1885.

Hagen, Vier Studien über Kostenentscheidung und Kostenfestsetzung. In Gruchots Beiträgen, Bd. 43, S. 841 ff.

Heß, Über Kausalzusammenhang und unkörperliche Denksubstrate, 1893.

Hüssener, Die civilrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten wegen Verletzung der Amtspflicht. Jen. Diss., 1901.

v. Ihering, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht. Abgedruckt in den Vermischten Schriften juristischen Inhalts, 1879.

—, Der Zweck im Recht, 1883.

Klewitz, Die Entschädigungsansprüche aus rechtswidrigen Amtshandlungen unter Berücksichtigung des Entwurfes eines deutschen BGB., 1891.

Linckelmann, Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen nach dem BGB. für das Deutsche Reich, 1898.

v. Liszt, Die Deliktsobligationen im System des BGB., 1898.

Litten, Die Ersatzpflicht des Tierhalters, 1905.

Loening, Über die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten nach deutschem Privat- und Staatsrecht, 1879.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., 1900.

Meltz, Die Beamtenhaftpflicht nach § 839 BGB., 1904.

Mittweg, Die unerlaubten Handlungen nach BGB. Erl. Diss., 1899.

Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechts, 2. Aufl., 1837.

Nöldeke, Die civilrechtliche Haftung des Richters nach dem BGB. In Gruchots Beiträgen, Bd. 42, S. 795 ff.

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, Kommentar, 2. Aufl., 1906.

Otto, Ungerechtfertigte Bereicherung und unerlaubte Handlungen nach dem BGB. Im Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Proceß, Bd. 9, S. 1 ff.

Pernice, Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit. 2. Aufl., 1900.

Planck, Kommentar zum BGB., 1900.

Post, Der Ursprung des Rechts. Prolegomena zu einer allgemeinen vergleichenden Rechtswissenschaft. 1876.

Rabel, Die Haftpflicht des Arztes. 1904.

Regelsberger, Pandekten.

Rothschild, Die Haftung des Justizbeamten und des Staates aus unerlaubten Amtshandlungen. Freib. Diss., 1902.

Schneider, Die Haftung der Richter. Im Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 91, S. 209 ff.

Schwarze, Schadensersatzpflicht des Richters. In der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, zunächst für das Königreich Sachsen, Bd. 11, S. 113 ff.

Siegel, Die Schadensersatzpflicht der Beamten aus rechtswidrigen Amtshandlungen. Gött. Diss., 1904.

Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht, 1868.

Staudinger, Kommentar zum BGB., 2. Aufl.

Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht. 1900.

Unger, Handeln auf eigene Gefahr, 2. Aufl., 1893.

—, Handeln auf fremde Gefahr. In Iherings Jahrbuch, Bd. 33, S. 1 ff.

Usteri, Die privatrechtliche Verantwortlichkeit des römischen Richters gegenüber den Parteien (Iudex qui litem suam facit). Zür. Diss., 1877.

v. Völderndorff, Über die Haftpflicht des Richters. Im Archiv für praktische Rechtswissenschaft, N. F., Bd. 12, S. 1 ff.

Weber, Erörterung der Grundsätze von der actio contra iudicem, qui litem suam facit. In Lindes Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. 7, S. 1 ff.

Wendt, Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt. BGB. § 776. Im Archiv für die civilist. Praxis, Bd. 87, S. 422—452.
Weyl, System der Verschuldensbegriffe im BGB., 1905.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, unter vergleichender Darstellung des deutschen BGB., 9. Aufl., 1906.
Zitelmann, Das Recht des BGB., Allgemeiner Teil, 1900.

Nicht berücksichtigt werden konnten die Dissertationen von Drouven, Die Beamtenhaftung nach § 839 BGB. (1907) und von Kirbach, Die Haftung des Beamten nach BGB. § 839 (1907); beide Arbeiten wurden dem Verfasser erst während der Drucklegung bekannt.

Außerdem wurden benutzt:

Die Materialien zum BGB. (Motive zum Entwurfe des BGB.; Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB., im Auftrage des Reichsjustizamts bearbeitet von Achilles, Gebhard und Spahn).
Die Judikatur in den „Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen", der „Rechtsprechung der Oberlandesgerichte", der Deutschen Juristenzeitung, der Juristischen Wochenschrift, dem „Recht", den Sammlungen von Seuffert, Bolze, Scherer, Warneyer, Neumann, Soergel.
Grimms Deutsches Wörterbuch, Sanders' Handwörterbuch der Deutschen Sprache, Weigands Deutsches Wörterbuch (3. Aufl., 1878).

Inhalt.

Seite

Einleitung 1

Erstes Kapitel: Der Fahrlässigkeitsbegriff des § 276 BGB. und sein Anwendungsgebiet 3

I. Entstehungsgeschichte des § 276 3

1. Römisches und gemeines Recht 3

2. Die Vorarbeiten zum BGB. 4

II. Inhalt der Definition des § 276 5

1. Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt 6

2. Der Maßstab für die anzuwendende Sorgfalt 10

3. Das Postulat der Voraussehbarkeit des Erfolges 18

III. Grobe Fahrlässigkeit und diligentia quam suis 21

IV. Bedeutung der Definition des § 276 über die Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung hinaus 22

1. Formale Gesichtspunkte 22

2. Sachliche Gesichtspunkte 23

a) Der Grund der Haftung im Falle des § 276. 23

b) Grund der Haftung in den übrigen Fällen der Fahrlässigkeit 27

Zweites Kapitel: Der Fahrlässigkeitsbegriff des § 839 insbesondere 33

I. Zur Geschichte der Lehre von der Beamtenhaftung 34

1. Römisches Recht 34

2. Die Syndikatsklage des gemeinen Rechts 36

3. Die Partikulargesetzgebungen 38

II. Literatur und Judikatur zu § 839, Absatz 1, Satz 1 40

III. Der Grund der Haftung beim Beamtendelikt 49

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551526_0033

„„Die möglichst scharfe Begrenzung aller in frage kommenden Begriffe ist das erste Bedürfnis ebenso der Rechtsübung wie der Rechtslehre; man wird one weiteres den Wert eines Rechts abschätzen können nach der Fertigkeit der Begriffe, mit denen es operiert.“
Bekker, Pandektenrecht, Vorwort z. 2. Bde., S. IX.

Einleitung.

Es lassen sich im BGB. vier verschiedene Fälle unterscheiden, in welchen an fahrlässiges Verhalten Rechtsfolgen geknüpft werden. Es sind das

1. die auf Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis gewisser Tatsachen (§§ 68, 122 u. a.);
2. die auf Fahrlässigkeit des Schuldners beruhende Unmöglichkeit der Leistung (§ 276, Abs. 1; § 287);
3. die fahrlässige widerrechtliche Verletzung des Rechtsgutes eines andern (§ 823);
4. die fahrlässige Verletzung der Amtspflicht, welche dem Beamten einem Dritten gegenüber obliegt (§ 839).

In der vorliegenden Abhandlung soll der Fahrlässigkeitsbegriff des § 839 behandelt werden. Bekanntlich gibt das Gesetz im § 276 eine Definition der Fahrlässigkeit. Obgleich nun wohl allgemein anerkannt wird, daß die vom BGB. in Spezialgebieten gegebenen Definitionen häufig von allgemeiner Bedeutung sind, so besteht doch gerade wegen der Definition des § 276 Streit

darüber, ob sie über die Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung hinaus Anwendung zu finden hat, ein Streit, der namentlich durch Unklarheit über den Inhalt der Definition veranlaßt worden ist. Wir werden daher zunächst im ersten Kapitel den Versuch machen müssen, Inhalt und Anwendungsgebiet der Definition des § 276 allgemein festzustellen, um dann im zweiten Kapitel untersuchen zu können, welche Gründe insbesondere für und gegen ihre Ausdehnung auf das Beamtendelikt sprechen.

Erstes Kapitel.

Der Fahrlässigkeitsbegriff des § 276 BGB. und sein Anwendungsgebiet.

I. Entstehungsgeschichte des § 276, Abs. 1, Satz 2.

Die Entstehungsgeschichte der Definition des § 276 ist für deren Verständnis von ganz besonderer, ja grundlegender Bedeutung. Da sich das BGB. auf das römische Recht stützt, ist eine kurze Darstellung desselben vonnöten.

1. Römisches und gemeines Recht.

Das römische Recht hat den Fahrlässigkeitsbegriff und die Haftungsgrundsätze zuerst bei der lex Aquilia entwickelt[1]); bei Sachbeschädigungen war Schadensersatz zu leisten, wenn der Täter in culpa gewesen war. Scaevola gab, nach Paulus, (Dig. 9 [ad legem Aqu.], 2, 31) folgende Definition der culpa: culpam esse, quod cum a diligente provideri potuerit, non esset provisum. Also ist culpa darin zu sehen, daß etwas nicht vorausgesehen worden ist, das bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte vorausgesehen werden können. Diese Haftung wurde dann auf die negotia bonae fidei ausgedehnt. Für diese findet sich in den Digesten auch ein genauerer Maßstab für die anzuwendende Aufmerksamkeit angegeben; z. B. diligentia, quam debent homines frugi et diligentes praestare (Dig. 18, 6, 12). Ein feststehender Gebrauch des Ausdrucks culpa hat sich nicht herausgebildet, wie aus der Stelle Dig. 13, 6, 5 § 3 hervorgeht, wo es ziemlich

[1]) Vgl. hierzu namentlich Pernice, Labeo, II. Bd., Abt. II, 1, 2. Aufl. 1900.

unklar heißt: et culpam praestandam et diligentiam (so daß die Haftung für diligentia als eine schärfere erscheint als die für culpa; übrigens erwartet man eigentlich negligentia). Im gemeinen Recht gebrauchte man culpa in zweierlei Bedeutung: als Fahrlässigkeit und als Oberbegriff von Fahrlässigkeit und dolus. Culpa in der Bedeutung Fahrlässigkeit erklärte man mit Vorliebe als die Außerachtlassung der diligentia diligentis patris familias[1]), im Anschluß an Dig. 19, 1, 54 pr., wo von einem prudens et diligens pater familias gesprochen wird, und Dig. 13, 7, 13 § 1, 14[2]); doch wurde darunter nichts anderes verstanden als unter dem homo frugus et diligens[3]).

Man kann also etwa folgende Terminologie[4]) für das römische und gemeine Recht feststellen: die zu beachtende Sorgfalt heißt diligentia; der Maßstab dafür ist die Sorgfalt, welche ein ordentlicher Mensch anzuwenden pflegt, und heißt gewöhnlich diligentia diligentis patris familias; die Nichtanwendung der Sorgfalt heißt, wenigstens für das gemeine Recht, culpa (levis). Daraus ergibt sich die Definition: culpa liegt vor, wenn nicht die Sorgfalt, die ein sorgfältiger pater familias anzuwenden pflegt, beachtet wird.

2. Die Vorarbeiten zum BGB.

Der erste Entwurf des BGB. schloß sich streng an das gemeine Recht an, sogar in der Form, indem er die Fahrlässigkeit im § 144, Abs. 1, folgendermaßen definierte: „Fahrlässigkeit liegt vor, wenn nicht die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters an-

---

[1]) Vgl. z. B. Dernburg, Pandekten II, § 37, S. 102, Ihering, Schuldmoment, S. 214.

[2]) Es handelt sich dort um die actio pigneraticia in personam directa: l. 13 § 1: Venit in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato: venit et custodia: vis maior non venit. l. 14: Ea igitur, quae diligens pater familias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur.

[3]) Windscheid, Pandekten I, § 101, Anmerkung 8, spricht daher auch von der Sorgfalt eines „ordentlichen Mannes"; vgl. auch Regelsberger, Pandekten, S. 650, 651.

[4]) Vgl. Pernice, S. 5 ff., und Ihering, Zweck im Recht, Bd. II (1883), S. 67 ff.

gewendet wird.“ In der Kritik wurde diese Fassung allgemein mißbilligt[1]). Und mit Recht. Denn wenn die Versessenheit der gemeinrechtlichen Literatur auf den ordentlichen Hausvater schon seltsam genug war, so war die Aufnahme dieses Ausdrucks in das Gesetz geradezu als ein Fehlgriff anzusehen, da der Hausvater überhaupt nur als Übersetzung des pater familias zu verstehen ist. Wendt, im Archiv für die civil. Praxis, Bd. 87, S. 429, meint, so ohne weiteres könne man unter Hausvater nur einen Herbergsvater verstehen; und von Crome (Bd. I, S. 486, Anmerkung 23 a. E.) muß sich der Hausvater gar Bezeichnungen wie „Vogelscheuche“ gefallen lassen. — Ohne den Grundgedanken aufgeben zu wollen, versuchte die Kommission für die zweite Lesung, eine ansprechendere Fassung zu finden. Es wurden verschiedene Vorschläge gemacht: „wenn die Erfüllung infolge Außerachtlassung der im Leben üblichen Sorgfalt unterbleibt“ und „wenn es an derjenigen Fürsorge fehlt, welche man von einem der Angelegenheit gewachsenen ordentlichen Menschen zu erwarten berechtigt ist“ (Protokolle Bd. I, Nr. 29, S. 186, 187). Ferner später: „wenn die Erfüllung infolge Außerachtlassung der im Verkehr üblichen Sorgfalt unterbleibt.“ Das Wort „üblich“ ersetzte man durch „erforderlich“ (Protokolle Bd. II, Nr. 154, S. 598 und 604), damit nicht einer etwa im Verkehre eingerissenen Laxheit, einem „Schlendrian“, Vorschub geleistet werde; denn es komme darauf an, „welches Maß von Sorgfalt der gesunde und normale Verkehr im allgemeinen für erforderlich hält“. So kam man zu der definitiven Fassung in § 276, Abs. 1, Satz 2: „Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht läßt.“

II. Inhalt der Definition des § 276.

Die Entstehungsgeschichte des § 276 zeigt, daß der Gesetzgeber bemüht war, möglichst den Fahrlässigkeitsbegriff des römischen und gemeinen Rechts wiederzugeben. Im gemeinen Recht war es die schwankende Ausdrucksweise der Quellen ge-

[1]) Vgl. die vom Reichsjustizamt hergestellte „Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen“ Bd. I, S. 206—209, Bd. VI, S. 179, 180 (Endemann Bd. I, § 113, Anmerkung 4).

wesen, die zu verschiedener Auffassung des Fahrlässigkeitsbegriffs herausgefordert hatte. Leider hat die Definition des BGB. darin keinen Wandel geschaffen, da sie gar zu allgemein gefaßt ist. Was heißt denn Verkehr? was erforderlich? Was ist im Verkehr erforderlich? Bringt die Definition vielleicht gerade wegen dieser so allgemein gehaltenen Ausdrücke etwas Neues gegenüber dem gemeinen Recht? Das sind die Fragen, die sich uns aufdrängen und die wir jetzt zu beantworten versuchen wollen.

1. Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt.

Das Wort „Verkehr" wird in der Literatur verschieden ausgelegt.

Titze (Unmöglichkeit, S. 79ff.) will zwei Arten des Verkehrs unterscheiden; einen „öffentlichen Verkehr", wo der Einzelne als Unbekannter mit der auch ihm unbekannten Menge in Berührung komme, die man gewöhnlich als Publikum bezeichne; und einen „privaten Verkehr", bei welchem zwei, die sich kennen, mit Rücksicht auf diese Bekanntschaft in Rechtsbeziehungen zueinander treten. Beim „öffentlichen Verkehr" will er einen abstrakten Maßstab anlegen, da die Parteien hier regelmäßig nicht in der Lage seien, ihre persönlichen Qualitäten wechselseitig zu prüfen; beim „privaten Verkehr" könne nur die der Individualität des Handelnden entsprechende Diligenz verlangt werden.

Diese Ansicht entbehrt nicht nur eines Anhalts im Gesetz, sondern kann auch durch die Begründung nicht gestützt werden, daß beim „privaten Verkehr" der eine mit dem andern nur im Hinblick auf dessen persönliche Eigenschaften kontrahiere; denn wie Weyl, Verschuldensbegriffe, S. 123, sub 21, treffend bemerkt, denken z. B. der Verleiher und Faustpfandgläubiger „nicht sowohl an die ‚persönlichen Eigenschaften' (Alter, Geschlecht, gutes Auge und Ohr usw.) . . . sondern nur an die Solvenz, den Kredit und dergleichen auf ganz anderem Gebiete liegende ‚Eigenschaften' und ‚Qualitäten'."[1])

Kipp sagt in Windscheids Pandekten, Bd. I, S. 453, sub 2: „Unter Verkehr muß, wenn die Definition ausreichen soll, jede

[1]) Mit ähnlicher Begründung wendet sich Kisch in seiner Kritik des Titzeschen Werkes gegen Titzes Auffassung des „Verkehrs" (Kritische Vierteljahrsschrift 44, S. 506ff, insbesondere S. 518ff.)

Berührung des Verhaltens eines Menschen mit der Sphäre eines andern verstanden werden."

Weyl, S. 105, konstatiert, daß das Wort „Verkehr" außer in § 276 noch 22 mal im BGB. vorkommt. Er hält den Begriff „Verkehr" in § 276 für identisch mit dem der §§ 242, 151, 157, und definiert ihn, S. 110 unter 4, als den „täglichen, ich möchte sagen harmlosen (?) Verkehr der Privatpersonen miteinander, den Verkehr innerhalb beschränkter Grenzen, den Verkehr mit dem Nächsten." In ähnlicher Weise wird „Verkehr" auch sonst in der Literatur erklärt; vgl. die Angaben bei Weyl, S. 108 unter c. —

Mir scheint es wertvoll, festzustellen, was ganz allgemein unter Verkehr verstanden wird, ganz abgesehen von juristischen Gesichtspunkten.

In Weigands Deutschem Wörterbuch, Bd. II, S. 996, wird das intransitive Verbum „verkehren" erklärt mit „da- und dorthin in oder zu gegenseitiger Verhandlung sich wenden."[1])

Sanders sagt im Handwörterbuch, S. 922, „Verkehr ist die gegenseitige Beziehung zwischen Personen (und personifizierten Gegenständen), die in einer Verbindung und Gemeinschaft mit einander stehen, z. B. namentlich durch Handel und Gewerbe, Umgang etc."

Man kann vielleicht kurz sagen: Verkehr im allgemeinsten Sinne bezeichnet das Einwirken von Menschen aufeinander. Einteilen kann man den Verkehr nach der Art, in welcher er vor sich geht (brieflich, mündlich, freundschaftlich usw.), nach der Örtlichkeit, wo er stattfindet (Grenz-, Hafen-, Bade-, Straßenverkehr usw.), und schließlich nach der Art der Entstehung. Die zuletzt genannte Einteilung ist die eigentlich bedeutsame, da sie nicht von den Nebenumständen ausgeht, sondern vom Wesen der Sache. Nach der Entstehung lassen sich zwei Gruppen unterscheiden: der beabsichtigte und der zufällige Verkehr. Beim zufälligen Verkehr, wo Menschen zufällig miteinander in Berührung kommen, entsteht eine Einwirkung der Menschen aufeinander, ohne daß die Persönlichkeit des einen für den andern

[1]) Vgl. zur Etymologie ebenda: „Verkehr ist nhd., zusammengesetzt mit mhd. der kêr, ahd. der chêr, Umwendung, Wendung, Richtung."

irgendwie von Bedeutung ist; ich gehe über die Straße, so verkehre ich mit den, mir unbekannten und gleichgültigen, Passanten (das zeigt zich z. B. darin, daß sie mir, ich ihnen ausweichen muß); ich besteige die Straßenbahn, so verkehre ich mit den Mitfahrenden (sie machen mir, ich ihnen Platz). Beim beabsichtigten Verkehr dagegen spielt die Persönlichkeit der miteinander Verkehrenden eine mehr oder minder große Rolle. Hier lassen sich zwei weitere Gruppen unterscheiden: geselliger und geschäftlicher Verkehr. Der gesellige Verkehr (usus) umfaßt alle Fälle, wo die Persönlichkeit der miteinander Verkehrenden das den Verkehr Veranlassende, daher die Hauptsache ist; man kann sagen: Zweck ist hier der Verkehr selbst[1]). Beim geschäftlichen Verkehr tritt die Persönlichkeit zurück hinter einem zu erreichenden Ziel, namentlich einem wirtschaftlichen (commercium). Im weiteren Sinne spricht man von einem geselligen oder geschäftlichen Verkehr auch zwischen Ständen, Ländern und Völkern. Nur im übertragenen Sinne können unter Verkehr auch die Mittel verstanden werden, die zur Ermöglichung der Einwirkung von Menschen aufeinander dienen (Eisenbahn-, Schiffsverkehr = Verkehr der Eisenbahnen und Schiffe). — Für logisch und sprachlich falsch müssen wir aber die Verbindung des Wortes Verkehr durch die Präposition „mit“ mit leblosen Dingen erklären, soweit diese nicht etwa personifiziert gedacht sind[2]). Als abschreckende Beispiele seien genannt die Reichsgesetze „betreffend den Verkehr mit Nahrungsmitteln, Genußmitteln und Gebrauchsgegenständen“, „betreffend den Verkehr mit Butter, Käse, Schmalz und deren Ersatzmitteln“ u. ä.[3]), wo von einer Personifizierung gewiß nicht die Rede sein kann, sondern nur von einer falschen Konstruktion. Allerdings wird Verkehr und verkehren mit der Präposition „mit“ konstruiert: A verkehrt mit B, d. h., nach dem oben Gesagten, A wirkt auf B, B auf A ein. Will man aber

---

[1]) Hierher wäre z. B. auch der Geschlechtsverkehr zu rechnen.

[2]) Vgl. oben, S. 7, Sanders. Einen Verkehr mit dem Walde oder den Winden oder den Vögeln kann man in Dichtungen finden und sich auch vorstellen.

[3]) Vgl. auch Staudinger-Kuhlenbeck, S. 83 unter 2a: „Verkehr mit gefährlichen Stoffen“.

nicht die Subjekte des Verkehrs ausdrücken, sondern das, worauf sich der Verkehr bezieht, also das Objekt des Verkehrs; so darf man nicht dieselbe Präposition „mit“ verwenden, sondern muß regelmäßig einen Nebensatz zu Hülfe nehmen; in einzelnen Fällen kann man vielleicht auch mit „in Bezug auf“ oder „betreffend“ auskommen. Aus den gerügten Wortverbindungen kann man also weitere Arten und Kategorien des Verkehrs nicht herleiten.

Rechtlich bedeutsam kann natürlich jede Art des Verkehrs werden. Da es sich in unserem § 276 um die Erfüllung von Verbindlichkeiten handelt, kann hier zunächst nur der geschäftliche Verkehr in Betracht kommen. Die übrigen Arten des Verkehrs kommen dann in Frage, wenn man der Definition des § 276 eine allgemeine Bedeutung beimißt; darüber unten unter IV. —

Warum das Wort „erforderlich“ anstatt des anfänglichen „üblich“ gewählt wurde, haben wir gesehen; es sollte einem etwa im Verkehre eingerissenen Schlendrian entgegengearbeitet werden. Daß aber der Ausdruck „erforderlich“ wenig klar ist, ist vielfach mit Recht betont worden[1]). Weyl, S. 103, sagt, das Gesetz schweige darüber, wer das Erfordernis aufstelle. Der Verkehr könne nicht gemeint sein, da es im, nicht vom Verkehre heiße. S. 104 meint er dann, der Fordernde sei die Rechtsordnung, das Gesetz, und beruft sich dafür auf Enneccerus-Lehmann, Bd. I, S. 291, unter II, 3, und v. Liszt, Deliktsobligationen, S. 55 unter 2. Das könnte man allenfalls gelten lassen, wenn die Rechtsordnung wirklich im Einzelfall vorschriebe, welche Sorgfalt im Verkehre zu beachten sei. Das tut sie ja aber, abgesehen vom Handelsrecht, gerade nicht[2]). Personifikationen

---

[1]) Schon die Protokolle, Bd. II, Nr. 154, S. 604, verzeichnen Bedenken, die gegen das Wort erhoben waren: „verlange man die Anwendung der erforderlichen Sorgfalt, so entstehe das Mißverständnis, als werde diejenige Sorgfalt gefordert, die erforderlich gewesen sei, um einen konkreten Schaden abzuwenden.“

[2]) Späterhin, S. 110 unter 5, widerlegt sich auch m. E. Weyl selber, wenn er sagt: „im letzten Grunde ist es zwar . . . die Rechtsordnung, welche die Sorgfalt . . . erfordert, es ist aber andererseits, da die Rechtsordnung das Maß nicht näher absteckt, die Anschauung des Verkehrs selber, welche für diese Abgrenzung befragt werden muß.“ Demnach fordert eigentlich die Rechtsordnung, bestimmte Forderungen aber stellt nur der Verkehr.

abstrakter Begriffe wie Verkehr und Recht sind übrigens mißlich und führen zu Unklarheiten. Recht und Verkehr können, wenn man nicht bildlich sprechen will, überhaupt garnichts fordern, fordern können nur Menschen auf Grund des Rechts oder der Verkehrssitte. So ist mit Weyls Erklärung m. E. nichts gewonnen.

Auch hier dürfte eine sprachliche Untersuchung von Nutzen sein. „Erforderlich" wird in Grimms Wörterbuch (Bd. III, 1862, Spalte 804) erklärt mit „necessarius, notwendig", und abgeleitet von dem unpersönlichen Verbum „es erfordert", welches wiederum mit „ist erforderlich, nötig" erklärt wird. Das Verbum „erfordern" kommt sonst noch in den Bedeutungen 1. arcessere, vocare, 2. postulare, exigere, vor, welche heute nicht mehr gebräuchlich sind. Die Grundbedeutung „fordern", die ja ein bestimmtes Subjekt voraussetzt, ist also in dem Verbum „es erfordert" und in dem Adjektivum „erforderlich" ganz verloren gegangen. Die Nuance, die es von „notwendig", „nötig" unterscheidet, besteht darin, daß bei „erforderlich" mehr an einen Zweck gedacht wird, zu dem etwas geschehen muß; während bei „notwendig" und „nötig" das Hauptgewicht auf dem Zwang liegt. Demnach wäre das im Verkehr Erforderliche etwa zu umschreiben mit: das im Interesse eines ungestörten Verkehrs Notwendige[1]).

Verlangen kann man natürlich eine Sorgfalt, wie sie im Interesse eines ungestörten Verkehrs notwendig ist, nur von jemand, der überhaupt in den Verkehr einzugreifen vermag, der verkehrsfähig ist. Daher war die Heranziehung der §§ 827, 828 in Satz 3 des § 276, Abs. 1, nötig. —

Wir können nach dem Gesagten folgende Definition aufstellen, welche alles enthält, was sprachlich aus der Fassung des § 276 herauszulesen ist: fahrlässig handelt, wer (bei der Erfüllung einer Verbindlichkeit) diejenige Sorgfalt außer Acht läßt, die im Interesse eines ungestörten (Geschäfts-) Verkehres notwendig ist.

2. Der Maßstab für die anzuwendende Sorgfalt.

Eine wie große, wie beschaffene Sorgfalt im Interesse

[1]) Vgl. Staudinger-Kuhlenbeck, S. 83, unter 2a: „Die zur Sicherheit des Verkehrs erforderliche Sorgfalt." Vgl. ferner Protokolle Bd. II, Nr. 154, S. 604.

eines ungestörten Verkehrs nötig ist, sagt das Gesetz nicht. Wir müssen also, gegen Matthiaß[1]), feststellen, daß das Gesetz einen Maßstab für die zu beachtende Sorgfalt nicht aufstellt[2]).

Das entspricht allerdings dem Willen des Gesetzgebers nicht, wie aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung hervorgeht. Der Fehler wurde gemacht, als man „üblich" durch „erforderlich" ersetzte. Die übliche Sorgfalt, also die Sorgfalt, die man anzuwenden pflegt, das war ein fester Maßstab. Aber es war ein verkehrter Maßstab, ein Maßstab, den man garnicht meinte, denn er blieb hinter dem des römischen Rechts zurück, welches nicht die Sorgfalt, die man anzuwenden pflegt, sondern die Sorgfalt, die ein ordentlicher Mensch anzuwenden pflegt, als maßgebend hinstellte. Anstatt aber daß man nun das Subjekt änderte und den ordentlichen Menschen in die Definition einfügte, änderte man das Prädikat und erhielt so die erforderliche Sorgfalt, also die Sorgfalt, die man anwenden muß. Offenbar hat der Wunsch nach Kürze der Ausdrucksweise zu dieser ganz ungenügenden Charakterisierung der Sorgfalt geführt.

Daß ohne Maßstab nicht auszukommen ist, wird allgemein anerkannt. Und worin dieser zu finden ist, sollte eigentlich nicht zweifelhaft sein, da ja die Intentionen des Gesetzgebers bekannt sind, nämlich daß eine Sorgfalt angewendet werden solle, wie sie für einen guten, gesunden, und normalen Verkehr nötig ist[3]). Trotzdem hat die unklare Ausdrucksweise des Gesetzes zur Entwicklung sehr voneinander abweichender Theorien Veranlassung gegeben, die nur darin übereinstimmen, daß der Maßstab erst nach eingehender Prüfung des konkreten Falles angelegt werden dürfe. Wir können in Literatur und Judikatur drei Gruppen

---

[1]) Lehrbuch, 3. Aufl., Bd. I, S. 271.: „Das Gesetz enthält in § 276 keine erschöpfende Definition der Fahrlässigkeit, sondern bestimmt nur den Grad der Sorgfalt, die der einzelne anwenden soll." Ebenso auch v. Liszt, Deliktsobligationen, S. 55 unter 2, und Endemann, § 113, S. 485, Anmerkung 4.

[2]) Ebenso Wendt, S. 423.

[3]) Es ist eigentlich unbegreiflich, warum nicht wenigstens eines dieser Adjektiva in die Definition aufgenommen worden ist.

von Meinungen unterscheiden, die man unter die Schlagworte objektive, subjektive, und vermittelnde Theorie zusammenfassen kann.

Nach der objektiven Theorie kommt es grundsätzlich auf die Individualität des Schuldners überhaupt nicht an, so daß also Kurzsichtigkeit, Schwerhörigkeit, Vergeßlichkeit, Überarbeitung u. ä. nicht zu berücksichtigen ist. Vgl. Planck, Bd. I, S. 37, Endemann, Bd. I, S. 484, § 113, ferner die bei Weyl, S. 117 und 118 unter a angeführte Literatur. Bei der näheren Bestimmung des Maßstabes weichen die Vertreter der Theorie voneinander ab. So sagt Planck, Bd. I, S. 36: „Wie in Handelsgeschäften die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns erfordert wird, so wird in anderen Verhältnissen die Sorgfalt eines ordentlichen Arztes, eines ordentlichen Rechtsanwalts, eines ordentlichen Arbeiters verlangt." Auf den Normalmenschen des gemeinen Rechts geht Weyl zurück, S. 111, 112, und Enneccerus-Lehmann, Bd. I, S. 261 unter II, 2. Endemann sagt, S. 484, der Schuldner habe „für die Erfüllung mit der Sorgfalt eines redlichen, verkehrstreuen Rechtsgenossen einzustehen", meint aber dann, S. 486: „es entscheidet das jeglicher Sachlage nach Treu und Glauben Angemessene. Der Richter wird nicht auf die Denkungsweise eines fingierten Normalmenschen verwiesen. Was angemessen ist, ergibt sich aus der Prüfung des konkreten Schuldverhältnisses". Auch Staudinger-Kuhlenbeck will von einem Normalmenschen nichts wissen, der objektive Maßstab sei „die zur Sicherheit des Verkehrs erforderliche Sorgfalt" (S. 83, 2 a und S. 84; Kuhlenbeck scheint sich aber der Auffassung Titzes nähern zu wollen, oben S. 6).

Die Anhänger der subjektiven Theorie stellen sich auf den entgegengesetzten Standpunkt. Sie wollen zwar auch zunächst durch Anlegung eines objektiven Maßstabes (Zitelmann, Allgemeiner Teil, S. 158 unter *a*) feststellen, welche Sorgfalt im vorliegenden Falle nötig ist, dann aber außerdem noch prüfen, ob der Handelnde sich klar über diese Sorgfalt sein mußte; und dafür soll allein die Individualität des Handelnden ausschlaggebend sein. Es soll also durch den objektiven Maßstab nur das Maß von Sorgfalt festgestellt werden, welches höchstens zu verlangen ist. Als Vertreter dieser Ansicht sind zu nennen: v. Liszt,

Deliktsobligationen, S. 55, Litten, Ersatzpflicht des Tierhalters, S. 69, Zitelmann, Allgemeiner Teil, S. 158 unter γ, Matthiaß, Lehrbuch, S. 271, 273, nach welchem wenigstens die Voraussehbarkeit des Erfolges nach den individuellen Verhältnissen des Handelnden zu beurteilen ist (unten S. 18), und wohl auch Cosack, Bd. I, § 71, Nr. I 2bα (gegen ihn besonders Weyl, S. 119f.).

Von den Vertretern der vermittelnden Theorie wird grundsätzlich die objektive Theorie anerkannt, doch wollen sie gewisse individuelle Momente berücksichtigt haben. Wendt, S. 438, erklärt: „Jeder ist danach zu messen, was von einem andern in gleicher Lage, bei gleichem Thun, bei gleicher Verpflichtung gewöhnlich, d. h. im Durchschnitt, beobachtet wird, habita ratione temporis aetatis sexus valetudinis. Bei solcher Individualisierung geben wir den objektiven Maßstab keineswegs auf, sondern bestimmen ihn nur näher und genauer.“ Die Ansicht Titzes, der gegen Wendt polemisiert, haben wir bereits oben S. 6 kennen gelernt. Crome, Bd. I, S. 486, Anmerkung 23, meint: „eine andere Geschäftsbesorgung (sei zu erwarten) von einem Gesunden als von einem Kranken.“ Oertmann, S. 90, sagt: „Als typische, gruppenbildende Unterscheidungsmerkmale beachtet der Verkehr vielfach, wennschon nicht immer, auch Alter, Geschlecht, Gesundheit; die gegenteilige Ansicht Weyls, der darin nur unbeachtbare individuelle Momente sieht, wird der Anschauung des Lebens nicht gerecht. Verlangt nicht die Verkehrssitte mehr vom Damenschneider als von der Schneiderin; vom erwachsenen Kellner als vom Piccolo?“ [1])

Das Reichsgericht schließt sich der objektiven Theorie an. In dem Erkenntnis vom 26. V. 1902 (Soergel, 1902, S. 43, Nr. 3 bei § 276) wird von der Sorgfalt eines ordentlichen Mannes gesprochen, die zu verlangen sei. In der Entscheidung vom 7. VII. 1902 (Jur. Wochenschr. 1902, S. 263, Nr. 186) heißt es:

---

[1]) Als Anhänger der objektiven Theorie erscheint dagegen Achilles, welcher in Anmerkung 3 zu § 276 sagt: „Der Maßstab ist insofern objektiv, als die Eigentümlichkeiten des Einzelnen weder zu seinem Nachteil noch zu seinem Vorteil in Betracht kommen, doch führt die Verschiedenheit ganzer Gruppen von Menschen nach Alter, Bildung, Lebensstellung usw. notwendig zu einer Verschiedenheit des gemeinsamen Maßstabes.“

„vorliegenden Falles hätte geprüft werden müssen, ob der Beklagte die Sorgfalt eines ordentlichen Jägers verletzt hat.“ Im Hinblick auf § 476 BGB. wird gesagt, das Wissenmüssen sei „nicht nach der subjektiven Veranlagung des Verkäufers, sondern nach dem zu bestimmen, was ein verständiger, normal veranlagter Mensch unter gleichen Umständen erkannt haben würde“ (Entscheidung vom 16. V. 1903, D. Jur. Ztg., 8. Jahrg., 1903, S. 322, Nr. 67). Klarer noch tritt die Auffassung des Gerichts in den späteren Entscheidungen hervor: „Das Maß der Sorgfalt ist genommen von dem durch den Verkehr bedingten Verhalten der Allgemeinheit, und gefordert wird die Sorgfalt, die im gesunden, normalen Verkehre allgemein für erforderlich und genügend gehalten wird. . . . Grundsätzlich entscheiden also objektive Gesichtspunkte, nicht etwa die geistige Beschaffenheit oder die Charakteranlage der einzelnen Person. Allein keineswegs ist durch diesen Maßstab die Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse ausgeschlossen, sondern gemäß des oben Gesagten statthaft und geboten“ (Entscheidung vom 11. V. 1904, Jur. Wochenschr. 1904, S. 357, Soergel, 1904, S. 62, Nr. 2 zu § 276). — „Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ist objektiv auszumessen, nicht nach der dem Betreffenden beiwohnenden Einsicht und Erfahrung“ (Entscheidung vom 2. I. 1905, Gruchot, 1905, Bd. 49, 1108). — „Der . . . für die Fahrlässigkeit aufgestellte abstrakte Maßstab, der dem Verhalten der Allgemeinheit, nicht demjenigen bestimmter Einzelpersonen entnommen ist, schließt nicht aus, daß im Einzelfalle die besonderen Umstände, unter denen die Handlung oder Unterlassung erfolgte, in Rücksicht zu ziehen sind. Es ist dann die Frage dahin zu stellen, wie sich in gleicher Lage ein verständiger, gewissenhafter Mensch benommen hätte, wobei aber nicht zu vergessen ist, daß es Lebenslagen gibt, wo auch ein solcher Mann gehindert ist, allseitig seiner Pflichten sich bewußt zu bleiben und auf deren Erfüllung bedacht zu sein“ (Entscheidung vom 25. I. 1906, Jur. Wochenschr. 1906, S. 160). —

Einen Grund gegen die subjektive Theorie haben wir oben bereits erwähnt: daß sie gegen den aus den Materialien deutlich erkennbaren Willen des Gesetzgebers verstößt, in dem sie sich

einen Fehler in der Ausdrucksweise des Gesetzes zu nutze macht. Übrigens läßt sich der Wille des Gesetzgebers, wie Oertmann, S. 89, hervorhebt, auch aus dem Gesetze selbst erkennen. Denn wenn in Abs. 1, Satz 3, die analoge Anwendung der §§ 827, 828 vorgeschrieben wird, so ist daraus mit argumentum e contrario zu schließen, daß, ausgenommen die Fälle der Bewußtlosigkeit usw. und der Minderjährigkeit und Taubstummheit, eben keine individuellen Momente in Betracht kommen sollen. Für die subjektive Theorie würde es sich aber von selbst verstehen, daß die Fälle der §§ 827, 828 die Haftbarkeit ausschließen. Weiter ist gegen die subjektive Theorie zu sagen, daß bei ihrer Anwendung das Handelsrecht ganz zusammenhanglos dastehen würde, wenn es für die Erfüllung der Verbindlichkeiten die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns, Frachtführers usw. als maßgebend aufstellt. Oder soll vielleicht auch hier noch untersucht werden, ob der Kaufmann sich auch bewußt war, daß er die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns anzuwenden habe und worin diese bestehe? Ferner ist einzuwenden, daß die subjektive Beurteilung der Sorgfalt eine bedenkliche Annäherung derselben an die culpa in concreto bedeutet. Denn die Sorgfalt, die jemand in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, wird meistens kaum eine viel geringere sein, als die Sorgfalt, die man gerade von ihm im Verkehre erwarten kann. Die subjektive Theorie führt auch zu ungerechten Resultaten. Sehr treffend sagt Weyl (S. 134 unter 1, am Ende): „Wenn der Gesetzgeber selbst bei Personen zwischen 7 und 18 Jahren und bei Taubstummen die Möglichkeit einer Verantwortlichkeit zugibt und sogar in den Vordergrund stellt (§ 828, Abs. 2), so darf man nicht umgekehrt bei erwachsenen Personen, die nur das ‚Pech' haben, in ihrer Beanlagung etwas hinter dem Durchschnitt zurückzubleiben, dieses Pech in Gold verwandeln und ihnen einen Freibrief für fahrlässiges Handeln ausstellen wollen." — Besonders bedenklich sind aber die praktischen Schwierigkeiten, die durch die Berücksichtigung der Individualität entstehen würden. Denn wie soll die Beweislast verteilt werden? Soll der Kläger nachweisen, daß gerade der Beklagte im Stande gewesen wäre, eine größere Sorgfalt anzuwenden und dadurch den schädigenden Erfolg zu verhüten?

Und wie soll der Richter die vom Schuldner zu verlangende Sorgfalt feststellen? Einigermaßen zuverlässig könnte das doch nur unter Aufwendung eines großen Zeugenapparates oder nach einer längeren Beobachtung des Schuldners geschehen. Und wie sollte die praktisch ausgeführt werden?

Aus all diesen Gründen ist die subjektive Theorie für unrichtig anzusehen; aus denselben Gründen ist aber auch die vermittelnde Theorie zurückzuweisen.

Bei Anwendung der objektiven Theorie, die wir demnach für die allein zutreffende erklären müssen, wird man zunächst genau den konkreten Fall festzustellen haben[1]). Um klarzulegen, welche Sorgfalt in diesem konkreten Falle im Verkehr anzuwenden gewesen sei, wird man dann garnicht anders können, als daß man, wie das römische Recht, einen normalen Menschen als Maßstab zu Grunde legt. Einen Maßstab aus dem Verkehr selbst zu nehmen[2]) ist geradezu unmöglich, denn Verkehr ist ja ein abstrakter und dazu indifferenter Begriff. Demgegenüber darf man wahrlich einmal betonen, daß der Mensch das Maß aller Dinge sei[3]). Es ist also weiter zu fragen: wie würde ein normal veranlagter, ordentlicher und gewissenhafter Mensch in dieser Lage gehandelt haben? Die in der Literatur häufig verlangte Klassifizierung nach Berufen ist überflüssig, denn wir müssen uns den gewissenhaften Normalmenschen eben genau in die Lage des Handelnden versetzt denken[4]).

Der Satz des Celsus „imperitia culpae adnumeranda" (Dig. 19, 2, 9 § 5) ist im HGB. ausdrücklich normiert (Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns, Frachtführers usw.). Für das BGB. wird er von Wendt, S. 427, vermißt. Der Satz versteht sich aber eigentlich sowohl für das römische Recht, wie für das BGB. von selbst, weil es in beiden darauf ankommt, wie

---

[1]) Ebenso Weyl, S. 124, und die dort angeführte Literatur; vgl. oben S. 11.

[2]) Vgl. oben Staudinger-Kuhlenbeck, S. 12.

[3]) Freilich nicht in dem subjektivistischen Sinne des Protagoras, der unter „Mensch" nicht die Gattung, sondern das Individuum verstand.

[4]) Vgl. die oben, S. 14, zitierten Entscheidungen des Reichsgerichts vom 16. V. 1903, 11. V. 1904, 25. I. 1906; siehe auch Rabel, Haftpflicht des Arztes, S. 11—14, 81—84.

ein Normalmensch gerade in der Lage des Handelnden verfahren hätte. Soweit Berufskenntnisse dabei in Frage kommen, ist im konkreten Fall genau festzustellen, in welcher Berufseigenschaft der Handelnde im Verkehr erschienen ist; maßgebend ist dann die Sorgfalt, die ein normaler, gewissenhafter Mensch mit den entsprechenden Kenntnissen bei einer solchen Handlung anwenden würde. Was der Handelnde wirklich seines Berufes ist, ist gleichgültig. Wer sich als Arzt geriert, so daß man annehmen muß, er sei wirklich Arzt, der hat auch die Sorgfalt eines ordentlichen Arztes zu beachten[1]), d. h. die Sorgfalt, die ein gewissenhafter Mensch in der Stellung als Arzt beachten würde. Und um auf Oertmanns Beispiel von dem Piccolo und Kellner zurückzukommen, so möchte ich behaupten, daß man von einem Piccolo, der Gäste bedient, allerdings dieselbe Sorgfalt erwartet, und erwarten kann, wie vom Kellner. — Die Beweisaufnahme darüber, was ein gewissenhafter, normaler Mensch in der betreffenden Lage getan hätte, macht keine Schwierigkeiten; denn da jeder sehr wohl weiß, was ein solcher Vertreter seines Berufes für eine Sorgfalt anwenden würde, kann der Richter, falls er sich nicht selbst ein Urteil darüber zutraut, die zu verlangende Sorgfalt durch Vernehmung eines dem betreffenden Berufe angehörigen Zeugen oder Sachverständigen leicht feststellen. —

Wenn wir alles bisher Gesagte zusammenfassen, so können wir einen Fortschritt gegenüber dem römischen Recht kaum konstatieren[2]). Linckelmann, Schadensersatzpflicht, S. 39, scheint allerdings, entgegen den Protokollen, anzunehmen, daß mit Einfügung des Wortes Verkehr nicht nur eine stilistische Änderung vorgenommen sei; er sieht darin vielmehr einen Fortschritt, der auf dem Erwachen des sozialen Gewissens beruhe, und meint (Anmerkung 5, S. 39), es sei charakteristisch für die Gleichgültigkeit des römischen Individualismus, daß das Maß der anzuwendenden Sorgfalt im römischen Recht vom Standpunkte des ordentlichen Hausvaters aus genommen werde, während es sich doch um eine Sorgfalt handle, die man für fremde Interessen

[1]) Ebenso im Resultat Weyl, S. 122 unter 19.
[2]) Ebenso Kipp, Bd. I, § 101 unter 2, S. 453.

anzuwenden habe[1]). Wegen der Digestenstelle, an die Linckelmann wohl denkt (Dig. 13, 7, 13 § 1, 14; siehe oben S. 4), ist zu bemerken, daß es sich dort um custodia handelt; der Pfandnehmer soll das Faustpfand aufbewahren mit der Sorgfalt, wie sie ein sorgfältiger pater familias in seinen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Inwiefern sich darin ein so krasser Individualismus aussprechen soll, ist nicht recht einzusehen. Daß ferner mit „Verkehr" kein neuer Maßstab gewonnen ist, haben wir gesehen. M. E. ist sogar an sich die Bezugnahme auf den Verkehr überflüssig; denn wo kann außerhalb des Verkehrs eine Sorgfalt erforderlich sein, deren Außerachtlassung andern gegenüber zum Schadensersatz verpflichtet? Doch werden wir später sehen, daß mit „Verkehr" vielleicht ein anderes wichtiges Moment betont werden sollte. Wir haben weiter feststellen können, daß auch das Wort „erforderlich" nichts Neues gebracht hat. Aber ein „Fortschritt" war ja vom Gesetzgeber auch garnicht beabsichtigt, da er ja zugegebenermaßen den Fahrlässigkeitsbegriff des römischen Rechts wiedergeben wollte. Zu tadeln ist aber jedenfalls, daß sich kein Fortschritt gegenüber dem römischen und gemeinen Recht in der Fassung zeigt, der es nicht gelungen ist, die disiecta membra des römischen Rechts zu einem harmonischen Ganzen kurz und klar zusammenzufassen.

3. Das Postulat der Voraussehbarkeit des Erfolges.

Matthiaß sagt in seinem Lehrbuch, S. 273: „Ist nach dem gesetzlichen Maßstabe gemessen eine Verletzung der Sorgfalt gegeben, so ist weiter und zwar nach den subjektiven und individuellen Verhältnissen des Handelnden zu prüfen, ob er den Eintritt des Erfolges vorhersehen konnte. Ist das nicht der Fall, so liegt Fahrlässigkeit nicht vor." Dementsprechend heißt es S. 271: „Das Gesetz enthält in § 276 keine erschöpfende Definition der Fahrlässigkeit (sondern bestimmt nur den Grad der Sorgfalt, die

[1]) Vgl. eine ganz ähnliche Bemerkung bei Mittweg, Unerlaubte Handlungen, S. 10 oben: „Das Gesetz hat dem Fahrlässigkeitsbegriff den individuellen Charakter (welchen Mittweg in der Sorgfalt des ordentlichen Hausvaters sieht) genommen und mißt denselben nunmehr nach dem objektiven Maßstabe." Als ob der „Hausvater" ein subjektiver Maßstab gewesen wäre!

der Einzelne anwenden soll)“[1]). Die Voraussehbarkeit des Erfolges verlangen auch die meisten übrigen Schriftsteller, ohne deshalb die Definition des § 276 für unvollständig zu erklären, so auch Weyl (S. 132, VI), obgleich gerade er sich gegen die zitierte Stelle bei Matthiaß wendet (S. 130 oben). Nur bei Titze findet sich keinerlei Andeutung in dieser Richtung. Ganz verzichten will ausdrücklich auf das Moment der Voraussehbarkeit Hess, Über Kausalzusammenhang und unkörperliche Denksubstrate, 1893, S. 17. Einige Zweifel wegen der besonderen Betonung des Erfordernisses der Voraussehbarkeit des Erfolges äußert Oertmann; er sagt, S. 90: „Die oft gehörte Behauptung, daß die Voraussehbarkeit des Erfolges das Wesen der Fahrlässigkeit ausmache, ist jedenfalls nach dem BGB. ungenau.“ Freilich könne ein nicht voraussehbarer Erfolg dem Handelnden nicht als Fahrlässigkeit angerechnet werden, aber der als möglich voraussehbare Erfolg sei keineswegs immer fahrlässig herbeigeführt. Es komme darauf an, ob die Verkehrssitte wegen solcher voraussehbarer Eventualitäten ein Nichttun oder Anderstun oder wenigstens die Anwendung gewisser Abwehrmaßregeln verlange. Andernfalls wäre z. B. jeder Verlust einer nichtversicherten Postsendung fahrlässig verursacht, da die entfernte Möglichkeit einer derartigen Folge immer voraussehbar sei. So weit es nun danach auf die Voraussehbarkeit des Erfolges ankomme, sei auch hier der abstrakte Maßstab anzulegen.[2])

Den Ausführungen Oertmanns ist in jeder Beziehung beizustimmen. Das Wesen der Fahrlässigkeit ist nicht in der Voraussehbarkeit des Erfolges zu erblicken, vielmehr in der Nichtanwendung der nötigen Abwehrmaßregeln, trotz Voraussehbarkeit des Erfolges. Das Wort „sorgfältig“ erklärt Sanders, S. 784, mit: „das Vorliegende in allen seinen Teilen und Beziehungen (worunter Sanders wohl auch die möglichen Folgen

[1]) Aus demselben Grunde hält auch v. Liszt, Deliktsobligationen, S. 55, die Definition nicht für ausreichend, und wohl auch Endemann, § 113, Anmerkung 4. Wendt hält die Definition wegen des Fehlens des Satzes imperitia culpae adnumeranda für lückenhaft; oben S. 16.

[2]) Die Anhänger der subjektiven Theorie verwenden natürlich auch hier den individuellen Maßstab. Vgl. v. Liszt, S. 55: ob der Erfolg voraussehbar war, „kann garnicht anders als subjektiv (individuell) bestimmt werden.“ Vgl. ferner die oben angeführte Stelle bei Matthiaß.

versteht) genau betrachtend und ernst erwägend und das eigene Verhalten nach dieser Erwägung einrichtend." Soweit ich nun solche Beziehungen und Folgen überhaupt nicht bemerken kann, kann ich natürlich auch mein Handeln nicht entsprechend einrichten. Also ist für eine Sorgfaltsanwendung zur Verhütung schädigender Folgen die Voraussehbarkeit dieser Folgen eigentlich eine sich von selbst verstehende Voraussetzung, die auch im Worte „Sorgfalt" = Sorgeentfaltung mitenthalten ist. Dem Gesetzgeber ist demnach kein Vorwurf zu machen, weil er Voraussehbarkeit des Erfolges nicht ausdrücklich verlangt. Wenn man die zwei Bestandteile der Sorgfalt — Erwägen der Folgen und dementsprechendes Handeln — getrennt betrachten will, so kann man für beide einzeln natürlich nur denselben Maßstab verwenden, wie für die Bemessung der Sorgfalt überhaupt. Man hat also zunächst zu prüfen, ob ein gewissenhafter, normaler Mensch den schädigenden Erfolg vorhergesehen hätte, und bei Bejahung dieser Frage weiter zu untersuchen, wie der gewissenhafte Normalmensch danach sein Handeln eingerichtet hätte; bei Verneinung der Frage kann die Vornahme von Abwehrmaßregeln nicht verlangt werden, liegt also keine Fahrlässigkeit vor, unter Umständen auch nicht wenn gerade der Handelnde, etwa infolge besonderer Veranlagung, den Erfolg vorhergesehen hatte (vgl. Oertmann a. a. O.)[1]).

Ein besonderes Interesse gewinnt das Moment der Voraussehbarkeit des Erfolges, wenn man die Fahrlässigkeit mit dem Vorsatz vergleicht, der bekanntlich mit einem Handeln trotz Voraussehens des Erfolges definiert wird. Im einzelnen können wir darauf nicht eingehen. Es mag nur bemerkt sein, daß neuerdings, gegenüber der namentlich von v. Liszt vertretenen Vorstellungstheorie (Deliktsobligationen, S. 54, 55; siehe auch Weyl, S. 395 f.), die von v. Hippel (Gött. Festgabe f. Regelsberger, S. 353 ff.) begründete Willenstheorie immer mehr Anhänger gewinnt, nach welcher zu der Vorstellung vom Erfolge auch noch die Billigung desselben kommen muß, um den Vorsatz vollkommen

[1]) Daß das Nichtvoraussehen des Erfolges nicht der fahrlässigen Unkenntnis, oben S. 1, gleichsteht, braucht wohl nicht besonders ausgeführt zu werden.

zu machen (vgl. Staudinger-Kuhlenbeck, S. 81 unter 1a, und Oertmann, S. 86, mit weiteren Literaturangaben).

III. Grobe Fahrlässigkeit und diligentia quam suis.[1])

Wir erwähnen diese beiden Begriffe nur der Vollständigkeit wegen. Für unsere Untersuchung haben sie weiter kein Interesse. Wir konstatieren, daß wir mit der herrschenden Meinung die vom Gesetze nicht definierte grobe Fahrlässigkeit für eine besonders schwere Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt halten (vgl. Weyl, S. 272 oben und die daselbst unter IV und V aufgeführten Auszüge aus den Materialien und der Literatur)[2]).

Wegen der in einzelnen Fällen zu vertretenden Außerachtlassung der Sorgfalt, welche man in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (BGB. § 277), ist Weyl zuzustimmen, wenn er sie der Fahrlässigkeit nicht unter-, sondern nebenordnet und beide als Unterbegriffe der „Außerachtlassung der Sorgfalt" hinstellt; denn es handelt sich hier ja gar nicht um die Sorgfalt, die der Schuldner im Verkehr anzuwenden pflegt, sondern welche er bei seinen eigenen, seinen Privatangelegenheiten zu beachten pflegt (Weyl, S. 288, 289 unter 7 und 8)[3]). Die Grenze für die diligentia quam suis bildet einerseits, wie das Gesetz selbst bestimmt, die grobe Fahrlässigkeit, andrerseits die gewöhnliche Fahrlässigkeit, wie Weyl, S. 286ff., überzeugend ausführt.

---

[1]) Diese Begriffe erklärt Titze, S. 81, 82, seiner Anschauung vom Verkehr entsprechend, für überflüssig.

[2]) Wegen des Streites, der sich an den Satz „culpa lata dolus est" geknüpft hat, vgl. z. B. Staudinger-Kuhlenbeck, S. 83 unter 2bα.

[3]) Gegen Weyl (S. 285 unter a) müssen wir aber bemerken, daß der Maßstab wohl ein subjektiver, aber in keiner Weise konkreter ist, auch nicht, wie Matthiaß, Bd. I, S. 273 unter γ, sagt: „kein rein konkreter, sondern gleichfalls abstrakter, aber beschränkt abstrakter." Vielmehr ist der Maßstab wirklich ein rein abstrakter; denn er ist aus der Summe der Handlungen des Schuldners abstrahiert, aus denen sich erkennen läßt, wie der Schuldner in eigenen Angelegenheiten verfährt, gerade wie im Falle des § 276 aus den Verkehrshandlungen des Normalmenschen. Weyl meint S. 286 oben, man könne sagen „in § 276 sei der Maßstab ein abstrahierend abstrakter, in § 277 ein abstrahierend konkreter." Dem vermag ich nicht zu folgen.

IV. Bedeutung der Definition des § 276 über die Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung hinaus.

Bisher haben wir die Definition des § 276 nur mit Rücksicht auf den Tatbestand betrachtet, für den sie zunächst gegeben ist, den Tatbestand der Unmöglichkeit der Leistung[1]). Jetzt treten wir der Frage näher, ob diese Definition auch in den übrigen Fällen, in welchen das BGB. mit dem Begriffe Fahrlässigkeit arbeitet, ohne ihn zu definieren, anzuwenden ist. Weyl (S. 131; vgl. auch S. 137) meint freilich, es bedürfe ja doch wohl nicht des besonderen Beweises, daß sich § 276 nicht nur auf die Kontraktsobligationen oder doch nur auf die Tatbestände des BGB. Buch II allein erstrecke, sondern Generalisierung für das gesamte bürgerliche Recht vertrage[2]). Die herrschende Meinung erklärt sich ebenfalls für die Allgemeingültigkeit der Definition, meistens jedoch ohne eingehendere Begründung. Vgl. z. B. Planck, Bd. I, S. 36, Matthiaß, Bd. I, S. 271, Endemann, Bd. I, § 113 unter 4, Oertmann, S. 92, Wendt, S. 422, Mittweg, Unerlaubte Handlungen, S. 9; auch das Reichsgericht schließt sich der herrschenden Meinung in manchen Entscheidungen an, wie ein Blick in die bekannten Sammlungen lehrt. Es finden sich aber auch Stimmen gegen diese Ansicht, und zwar gerade in der Spezialliteratur zu § 839, mit der wir uns ja noch näher zu beschäftigen haben werden. Dies ist daher für uns noch eine besondere Veranlassung, die Frage nach der Allgemeingültigkeit des § 276 einer genauen Prüfung zu unterziehen. Wir werden erst die formalen, dann die sachlichen Gründe für und wider erwägen.

1. Formale Gesichtspunkte.

Für eine allgemeine Gültigkeit des § 276 spricht zunächst, daß, wie auch Oertmann, S. 92, ausführt, das BGB. nur hier eine Definition der Fahrlässigkeit gibt; der Mangel einer Begriffsbestimmung in den übrigen Fällen wäre sonst ganz unerklärlich. Weiter kommt in Betracht, daß die Definition des

[1]) wie auch Endemann in § 113 getan hat.

[2]) Demgemäß behandelt er die Definition des § 276 auch von vornherein (S. 100 ff.) als eine allgemein gültige.

§ 276 in den §§ 831, 834, 836 wiederholt wird[1]) (obgleich sich daraus auch das Gegenteil herleiten ließe, indem man sagt, gerade daraus, daß das Gesetz hier den Ausdruck Fahrlässigkeit vermeide und dafür die Formel des § 276 einsetze, gehe hervor, daß hier in Gegensatz zu einem sonst bei unerlaubten Handlungen geltenden Fahrlässigkeitsbegriff getreten werden solle; darauf ist aber zu erwidern, daß die Formel in den erwähnten §§ offenbar nur aus stilistischen Gründen verwandt worden ist). Ferner ist zu bedenken, daß das römische Recht, auf das sich ja § 276 stützt, den kontraktlichen Fahrlässigkeitsbegriff allgemein verwandte; was ja schon daraus hervorgeht, daß die Haftungsgrundsätze zuerst gerade bei der lex Aquilia entwickelt und dann erst auf die Kontrakte ausgedehnt worden sind. Endlich ist ein Argument für die allgemeine Verwendbarkeit der Definition auch aus ihrer Fassung zu entnehmen, die, nach einer Bemerkung in den Protokollen, Bd. I, Nr. 29, S. 187, wohl absichtlich so allgemein gehalten ist, um einer analogen Anwendung keine Schwierigkeiten zu machen[2]).

2. Sachliche Gesichtspunkte.

Ausschlaggebend können natürlich nur sachliche Gründe sein. Solche sind dann gegeben, wenn der Grund der Haftung[3]) in § 276 der gleiche ist wie in den übrigen Fällen der Fahrlässigkeit.

a) Der Grund der Haftung in § 276.

Die Literatur und auch das Gesetz selber[4]) pflegen Vorsatz und Fahrlässigkeit unter dem Begriff des Verschuldens zusammenzufassen[5].) Ist damit nun zugleich der Grund der Haftung

[1]) worauf Wendt, S. 422, die allgemeine Verwendbarkeit stützt.

[2]) Die in den Protokollen verzeichneten Vorschläge zu Änderung des § 144 des Entwurfes bezogen sich meistens ausdrücklich nur auf die Erfüllung; vgl. oben S. 5.

[3]) Bei Weyl findet sich hierüber, ausgenommen etwa S. 533 unter B, kaum etwas Einschlägiges.

[4]) z. B. in den §§ 278, 664, 691, 823, Abs. 2.

[5]) Vgl. z. B. Weyl, S. 294 unter 2: Der Begriff Verschulden enthält „die Zusammensetzung der beiden großen (?) Begriffe des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit". S. 325 unter 4 b α dann: „Verschulden ist die Zusammenfassung von Vorsatz und Sorgfaltsvernachlässigung." Vgl. ferner die Angaben Weyls S. 294—296 (Literatur S. 296, Anmerkung 1).

angegeben, wie man insbesondere aus dem Schlagwort „Verschuldensprinzip“ entnehmen könnte, das ja das BGB. beherrschen soll? Um diese Frage beantworten zu können, müssen wir uns vor allem über den Begriff des Verschuldens und des darin enthaltenen „Schuld“ Klarheit verschaffen.

Das Wort Schuld erscheint in der neuhochdeutschen Sprache in drei Hauptbedeutungen[1]).

1. Schuld ist Verbalabstrakt zu skulan (sollen). Dementsprechend bedeutet es zunächst: was man soll, die Verpflichtung zu einer Leistung, namentlich nach vorausgegangener Gegenleistung, insbesondere dann die Verpflichtung zu einer Geldleistung, in welcher Bedeutung es dann wieder debitum, datum, und res alienae bezeichnen kann.

2. Meistens versteht man unter Schuld: culpa, „ein begangenes Unrecht, das wieder gut gemacht, gesühnt werden muß. Diese Ausdrucksweise entspricht der altgermanischen Rechtsanschauung, daß eine Übertretung durch Zahlung eines Wergeldes oder einer Buße ausgeglichen werden kann, ebenso aber auch der Kirchenlehre, die für jede Sünde eine satisdatio operis verlangt.“ Daraus ergaben sich in der älteren Sprache juristische Verwendungen: mnd. Schuld = Klage, auch = corpus delicti. (Grimm unter Ziffer 4 und 5.)

3. Häufig bezeichnet Schuld ein Vergehen hauptsächlich im Hinblick auf die Folgen des Vergehens, so daß das Vergehen als Ursache erscheint. Noch häufiger aber tritt die Bedeutung Vergehen ganz zurück, so daß der Begriff Ursache, Veranlassung zurückbleibt[2])[3]).

Das Verbalsubstantivum Verschulden entspricht meistens der Bedeutung 2, also dem lateinischen culpa. Culpa bedeutet zunächst auch ein moralisch zu mißbilligendes Verhalten. Wir haben oben gesehen, daß im römischen Recht sich kein fest-

---

[1]) Vgl. zu dem folgenden Grimms Wörterbuch, Bd. IX (1899), Spalte 1870ff.

[2]) Nach Grimm (Ziffer 9) eine im mhd. sehr verbreitete Ausdrucksweise.

[3]) Sollte dieser Sprachgebrauch vielleicht mit dem im altgermanischen Recht herrschenden Veranlassungsprinzip zusammenhangen, wonach Kausalität genügt, um verantwortlich zu machen?

stehender Gebrauch des Wortes herausbildete, daß es aber dann im gemeinen Recht eine technische Bedeutung erhielt: man verstand unter culpa Fahrlässigkeit, aber auch einen Vorsatz und Fahrlässigkeit zusammenfassenden Oberbegriff, was unbedenklich war, da, wer Fahrlässigkeit zu vertreten hat, immer auch für Vorsatz haftet. In dem Sinne des Oberbegriffs verwandte man dann auch das deutsche Verschulden [1] [2]).

Damit wäre der Begriff festgelegt. Bedauerlicherweise faßte man den in diesem Sinne technischen Ausdruck Verschulden dann doch auch wieder im moralischen Sinne auf, und sah in dem moralischen Defekt, der sich in dem vorsätzlichen oder fahrlässigen Handeln zeige, den eigentlichen Grund der Haftung, so daß der Sprachgebrauch aufs neue schwankte. Das mag mit veranlaßt worden sein durch die wenig glücklichen Bezeichnungen des römischen Rechts; denn dolus und culpa drücken beide in viel höherem Maße als die entsprechenden deutschen Vokabeln ein moralisches Minus des Handelnden aus. Doch findet sich im Corpus Iuris nirgends ein Hinweis auf das Moralische als Haftungsgrund, so daß diese Wörter wohl nur aus Verlegenheit gewählt worden sind [3]).

Ist es denn aber wirklich ein moralischer Defekt, der den Schuldner zum Schadenersatz verpflichtet, wenn durch sein vor-

---

[1]) Mit Recht spricht sich Weyl, S. 321 ff., gegen den Gebrauch der Wörter Verschulden und Verschuldung durcheinander aus; denn Verschuldung kann auch im Sinne von Überschuldung gebraucht werden, so daß also Verschulden den Begriff schärfer wiedergibt, wenn auch, wegen der darinliegenden „Schuld", nicht so scharf wie culpa.

[2]) Weyl definiert das Verschulden in diesem Sinne folgendermaßen (S. 407): „Verschulden ist ... Willensbeziehung des Täters zur Tat, welche entweder in der Vorstellung des Erfolges oder in einer auf Außerachtlassung der erforderlichen Sorgfalt beruhenden Nichtvorstellung des Erfolges der Tat besteht." Soweit man die Vorstellungstheorie gelten läßt, kann man dem beistimmen. — Auf die schwierige Frage, was unter dem sogenannten eigenen Verschulden zu verstehen ist, können wir nicht eingehen. Vgl. dazu Weyl, S. 300 ff.

[3]) Ihering, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, S. 176, ist freilich anderer Ansicht; doch faßt er offenbar ethisch in einem anderen Sinne als üblich auf, wie auch aus S. X der Einleitung zu Bd. II des Zwecks im Rechte hervorgeht.

sätzliches oder fahrlässiges Handeln die Leistung unmöglich geworden ist? Dies ist zu verneinen. Der Grund der Haftung ist vielmehr darin zu sehen, daß der Schuldner durch Übernahme der Verbindlichkeit dem Gläubiger verspricht, oder garantiert, daß er alle durch das Schuldverhältnis hervorgerufenen berechtigten Erwartungen des Gläubigers, soweit dies einem ordentlichen, normalen Menschen möglich ist, erfüllen werde[1]) (Vgl. Protokolle, Bd. II, Nr. 152, S. 587, Endemann, S. 486, Anmerkung 6 und 7, Enneccerus-Lehmann, Bd. I (1. Aufl.), S. 261, Anmerkung 2, v. Blume, Die Fahrlässigkeit und ihre Abstufungen, S. 23ff., besonders auch Linckelmann, S. 38; ferner Boden, Haftung der Beamten, S. 260, an den sich Meltz, Beamtenhaftpflicht, S. 23, und Siegel, Schadensersatzpflicht der Beamten, S. 37, anschließen). Die Haftung beruht also nicht auf einem ethischen, sondern einem sozialen Moment. Es ist die Forderung von Treu und Glauben, die in § 276 wiedererscheint. Die bona fides — Treue auf Seiten des Schuldners, Glauben auf Seiten des Gläubigers — ermöglicht überhaupt erst einen gedeihlichen Rechtsverkehr. Daher macht eine Verletzung dieses Grundprinzips des Rechts, wie sie sich in Vorsatz und Fahrlässigkeit zeigt, haftbar, und zwar unbedingt, ganz ohne Rücksicht auf irgend welches moralische Verschulden. Und falls der Gesetzgeber, außer zur Bezeichnung des Gegensatzes zu § 277, das Wort „Verkehr" auch deshalb gewählt hat, um den Grund der Haftung anzudeuten, eine Annahme, die bei dem Vorbild der §§ 242, 151, 157 wohl eine Berechtigung hat, so ist die Einfügung des Wortes „Verkehr" zu loben. Zu bedauern bleibt aber noch, daß damit nicht die Fassung verbunden worden ist: „die Fürsorge, welche man von einem der Angelegenheit gewachsenen ordentlichen Menschen zu erwarten berechtigt ist" (oben S. 5). Dadurch würde m. E. der Gedanke ganz klar zum Ausdruck gekommen sein.

---

[1]) Wer sich bei Lenbach ein Porträt bestellt, kann die berechtigte Erwartung hegen, daß er ein ähnliches Bild erhält. Lenbach garantiert aber auch durch die Übernahme nur für die Ähnlichkeit des Bildes, denn soweit muß es ein ordentlicher Porträtmaler bringen können, nicht auch dafür, daß das Bild ein bedeutendes Kunstwerk werde; was zu beurteilen ja auch nicht jedermanns Sache ist.

b) Grund der Haftung in den übrigen Fällen der Fahrlässigkeit.

Wie erwähnt stimmen u. a. auch Boden, Meltz und Siegel im wesentlichen mit der von uns entwickelten Ansicht über den Grund der Haftung in § 276 überein. Dann heißt es aber bei Boden, S. 263: „Bei den Deliktsobligationen ist es ausschließlich der moralische Mangel, d. h. der Mangel im Willen, der die Obligation begründet; ein objektiver Fehler kann nach moderner Rechtsanschauung niemals ein Delikt darstellen.“ Und Meltz, S. 21, meint, die Absicht des BGB. gehe offensichtlich dahin, „in den unter dem Abschnitt Unerlaubte Handlungen geregelten Fällen nur auf Grund subjektiven Verschuldens, eines moralischen Mangels des Schädigenden, eine Haftung desselben für den angerichteten Schaden eintreten zu lassen.“ Dem schließt sich Siegel, S. 38, an. Ihre Ansicht spitzen diese Schriftsteller dann dahin zu, daß sie sagen: § 276 lasse die Haftung bei jedem objektiven Fehler eintreten, statuiere also eine reine Erfolgshaftung; bei den unerlaubten Handlungen und insbesondere beim Beamtendelikt mache dagegen nur das Verschulden im eigentlichen, nämlich moralischen Sinne haftbar.

Zunächst ist gegen Meltz zu bemerken, daß jedenfalls die Absicht des BGB. nicht offensichtlich dahin geht, bei den unerlaubten Handlungen im Gegensatz zu § 276 die Haftung auf Grund eines anderen subjektiven Verschuldens, im Sinne eines moralischen Verschuldens, eintreten zu lassen (vgl. oben unter 1, S. 22f.); und daß sogar die Existenz der §§ 827, 828 sehr gegen eine solche Ansicht spricht (vgl. oben S. 14, 15). Ziemlich unbegreiflich ist es ferner, daß Boden, Meltz und Siegel in § 276 eine „reine Erfolgshaftung“ normiert sehen. Daß es auf den konkreten Fall sehr ankommt, also von einer Haftung für den bloßen Erfolg garkeine Rede sein kann, ist doch allgemein anerkannt (vgl. oben S. 16)[1]). Um sachlich prüfen zu können, ob für die Deliktsobligationen der Haftungsgrund in moralischem Verschulden liegt, sind wir gezwungen, auf die Grundlagen des Rechts zurückzugehen.

---

[1]) Vgl. gegen die Auffassung der Haftung des § 276 als Erfolgshaftung noch besonders Bernhöft, Zur Frage der Haftpflicht.

Die Grundlage des Rechts ist nicht eine ethische, sondern eine soziale. Direkt haben Ethik und Recht garnichts miteinander zu tun[1]). Das Recht ist nicht aus einem moralischen, also metaphysischen Bedürfnisse hervorgewachsen, sondern aus der nüchtern praktischen Notwendigkeit, die Interessensphären einer Anzahl von Menschen, die auf einer beschränkten Erdfläche zusammenwohnen, gegeneinander abzugrenzen, um einen Kampf aller gegen alle zu verhüten. Man kann also sagen: das Recht ist ganz einfach eine Frucht des Selbsterhaltungstriebes. Das sind Wahrheiten, die wohl auch als a priori bewiesen angesehen werden können. Historisch bewiesen finden sie sich aber zudem in dem Werke von Post, Der Ursprung des Rechts; insbesondere kann ich auf das dort S. 23, 27, 28 Gesagte verweisen. Ein weiteres Argument für die Richtigkeit unserer Behauptung liegt darin, daß das ethische Ideal für jeden Menschen ein anderes ist und sein muß, da es sich auf der individuellen Weltanschauung aufbaut, daß mithin die Vorschriften der Ethik auf der äußersten Subjektivität beruhen, während im Gegenteil das Recht etwas Allgemeingültiges, für jeden in ganz gleicher Weise geltendes ist, daher seine Vorschriften auf der größten Objektivität beruhen. Gewiß nimmt das Recht zuweilen ganz ausdrücklich auf das Moralische Bezug (Erbunwürdigkeit)[2]), aber immer nur, soweit dabei ein soziales Interesse in Frage kommt; daher denn auch für das Recht nur

[1]) womit natürlich nicht etwa jeder Zusammenhang zwischen Recht und Ethik geleugnet werden soll.

[2]) Eine scharfe Scheidung zwischen den Fällen des moralischen, an sich außerhalb des Rechts liegenden Verschuldens und dem Verschulden im juristischen Sinne stellt für das BGB. Weyl auf, S. 510. Dem Verschulden „im engeren Sinne", das er S. 407 definiert (vgl. oben S. 25), stellt er das Verschulden „im weiteren Sinne" gegenüber, das er als „das eine Belastung des moralischen Kontos aufweisende Verhalten" treffend charakterisiert; doch sind die Bezeichnungen engeres und weiteres Verschulden für den, der Weyls System nicht kennt, ziemlich wertlos; man könnte sie ja sogar auch in umgekehrter Bedeutung auffassen. Wir würden daher vorschlagen, „juristisches" und „moralisches" Verschulden zu sagen. Nicht recht zu verstehen ist übrigens, warum Weyl das „Verschulden" des Verlobten (BGB. § 1299) nicht unter das moralisch belastende Verschulden zählen will. — Auf die Schwierigkeit, die sich wegen der Einstellung des § 254 in das System ergibt, können wir nicht eingehen.

die landläufige Moral, die Sitte, maßgebend ist, welche nicht höher steht, als die Verkehrssitte, und bekanntlich keineswegs immer einem auch nur bescheidenen ethischen Ideale entspricht (es mag, um ein krasses Beispiel zu wählen, an die Blutrache erinnert sein). Ulpian hat nicht recht, wenn er sagt: ius a iustitia appellatum (Dig. 1, 1, 1 pr.), wohl aber Paulus, mit dem Ausspruch: non omne quod licet honestum est (Dig. 50, 17, 144).

Man verkennt demnach gründlich die Stellung des Rechts, wenn man von ihm erwartet, es solle Moral lehren.

Am klarsten wird man sich über diese Fragen vielleicht werden, wenn man sich des Bildes eines sozialen Vertrages bedient (freilich nicht in Rousseaus Sinne), eines Gesellschaftsvertrages, als dessen Normierung das objektive Recht anzusehen wäre[1]).

Es möge mir erlaubt sein, noch einige Beispiele zur Erläuterung des Gesagten anzuführen.

Beim Meineid werden nur scheinbar Folgen an ein moralisches Vergehen geknüpft. Nicht die im Meineid sich zeigende moralische Minderwertigkeit, nicht die Gotteslästerung, die er enthält, sind es, weswegen der Täter bestraft wird; sondern einzig und allein die Störung der Rechtsprechung, also die Verletzung einer sozialen Pflicht.

Der Diebstahl beruht auf einem menschlich verständlichen Motive, der Habgier; er wird mit Gefängnis und Zuchthaus bestraft. Eine rohe Tierquälerei ist dagegen aus einem menschlichen Motive nicht erklärlich; hier zeigt sich weiter nichts als pure uneigennützige Gemeinheit. Dies Delikt ist also moralisch jedenfalls viel verwerflicher als der Diebstahl. Es wird aber vom Reichsstrafgesetzbuch nur mit Geldstrafe oder Haft geahndet, und auch nur, wenn die Tierquälerei Ärgernis erregt hat oder öffentlich erfolgte, demnach Ärgernis erregen mußte (StrGB. § 360, Nr. 13). Also gestraft wird nicht, weil das Tier gequält worden ist, sondern weil die Gefühle eines Menschen beleidigt worden sind. Wenn solche Gesetze ohne allgemeinen Widerspruch

[1]) womit man von der Wahrheit nicht allzuweit entfernt ist; vgl. die erwähnte Schrift von Post.

bestehen können, ist der Charakter des Rechts als eines nur sozialen Institutes wohl kaum zu leugnen.

Umgekehrt kann eine Tat vom sozialen, also juristischen Standpunkt aus als höchst verwerflich erscheinen, moralisch aber entschuldigt werden oder gar sich als Heldentat darstellen; woraus dem Rechte keineswegs der Vorwurf gemacht werden kann, daß es einseitig sei, daß es hier zeige, es sei nur Menschenwerk — summum ius summa iniuria. Denn wenn nicht der Willkür Tür und Tor geöffnet werden soll, muß das Recht den sozialen Standpunkt unter allen Umständen streng vertreten, und ihn ganz allein. Auch aus diesem Grunde trägt die Justitia eine Binde. Alle sozialen Pflichten werden aber aufs gröblichste verletzt durch den Meuchelmord; und doch sind Harmodios und Aristogeiton, und Wilhelm Tell als Nationalhelden verehrt worden.

Fraglich ist es, um noch ein Beispiel anzuführen, ob nicht das Gesetz mit dem § 175 des StrGB. seine Befugnisse überschritten hat; ob den Gesetzgeber hier nicht mehr die sittliche Entrüstung als ein soziales Moment geleitet hat. —

Nach diesem allem müssen wir die Behauptung, ein moralisches Vergehen könne rechtlich verantwortlich machen, als mit dem Wesen des Rechtes unvereinbar zurückweisen[1]).

Nach dem Gesagten hindert uns nichts mehr, analog der oben für die Verträge konstruierten Pflicht des Schuldners, sein dem Gläubiger gegebenes Versprechen zu halten[2]), eine solche Pflicht in weiterem Sinne zu konstruieren. Wie sich mit Rücksicht auf die Erfüllung von Verbindlichkeiten Schuldner und Gläubiger gegenüberstehen, so steht mit Rücksicht auf die allgemeinen sozialen Rechtspflichten jeder jedem gegenüber, Treue versprechend, Glauben heischend[3]). Wer als Verkehrsfähiger sich in einer menschlichen Gesellschaft bewegt, übernimmt dadurch

[1]) Das sogenannte juristische Denken müssen wir in dem Erkennen des sozial Bedeutsamen sehen.

[2]) Diese Pflicht wird in der Literatur etwas unklar „Garantiepflicht" genannt; vgl. die Angaben oben S. 26.

[3]) Ähnlich Endemann, S. 488 unter 4. Gegen die Konstruktion einer „Garantiepflicht" wendet sich Weyl, S. 123 unter 20; er meint, es lasse sich mit diesem Begriff kaum etwas Rechtes anfangen; weitere Gegengründe führt er nicht an.

soziale Pflichten; er garantiert der Gesellschaft durch sein Eingreifen in den Verkehr für die Verkehrsmäßigkeit seiner Handlungen[1]), wie der Schuldner dem Gläubiger durch Übernahme der Verbindlichkeit für deren verkehrsmäßige Erfüllung garantiert. Somit ist in allen Fällen, wo eine Rechtspflicht verletzt wird, der Grund, weswegen der Täter verantwortlich gemacht wird, derselbe, wie im Falle des § 276. Dann steht aber auch einer allgemeinen Verwendbarkeit der dort gegebenen Definition der Fahrlässigkeit, in allen Fällen, wo von dieser die Rede ist, nichts im Wege. Überall, wo jener Grund der Haftung zutrifft, trifft auch die Definition des § 276 zu; sie gilt daher für das gesamte Zivilrecht samt dem Handelsrecht, und m. E. auch für das Strafrecht[2]). Denn alle diese Rechte regeln soziale Pflichten, und soweit sie an ein Vergehen Folgen knüpfen, tun sie das nur im sozialen Interesse. Wir können sie unter dem Namen Soziales Recht zusammenfassen gegenüber denjenigen Rechten, deren Zweck nur die Verwirklichung und Sicherung des sozialen Rechts bildet, also dem rein formalen Prozeßrecht und dem Staatsrecht (im weitesten Sinne).

Das Wort Verkehr werden wir bei der analogen Anwendung des § 276 auf andere Rechtsgebiete im weitesten Sinne auffassen (vgl. oben S. 9, 7ff.). Was die „Voraussehbarkeit" betrifft, so hat sie sich, streng genommen, stets auf die Verletzung der sozialen Pflicht zu beziehen. Doch brauchen wir darum die Ausführungen über dieses Thema, oben S. 18ff., jetzt nicht für verkehrt oder nicht allgemein anwendbar zu erklären, da sich wenigstens in den Fällen der § 276, 823, 839 diese Pflichtverletzung immer in einem (materiellen) Schaden zeigt. Und wir können nun noch hinzufügen, daß immer nur die Pflichtverletzung selbst, also der direkte Erfolg des Handelns, voraussehbar sein muß; nicht die weiteren Wirkungen. Vgl. z. B. Endemann, S. 581, Oertmann, S. 90. Näher können wir hierauf nicht eingehen, da wir uns damit auf das Gebiet der Schadensersatzlehre begeben würden.

[1]) Vgl. Protokolle, Bd. I, Nr. 29, S. 187.

[2]) Ebenso Wendt, S. 430.

Wenn man sagt, das BGB. sei vom Verschuldensprinzip beherrscht, wie es auch in den Protokollen, Bd. II, Nr. 152, S. 585, ausgesprochen wird, so können wir das, nach diesem allem, nur für richtig erklären, falls damit ausgedrückt werden soll, daß regelmäßig nur in dem subjektiven Verhalten eine Verletzung sozialer Pflichten erblickt wird, nicht in dem objektiven Erfolg. Eine objektive Haftung läßt das BGB. bekanntlich (ebenso wie das Strafrecht, z. B. auf dem Gebiete der Gewerbepolizei) nur in wenigen Ausnahmefällen eintreten[1]).

[1]) Vgl. zu den Fällen der Haftung für den objektiven Erfolg die Schriften von Unger, Handeln auf eigene Gefahr (2. Aufl. 1893), Handeln auf fremde Gefahr (Iherings Jahrbuch 33, S. 1 ff.), auf die näher einzugehen, uns wiederum zu weit führen würde; es mag nur erwähnt sein, daß Unger auch die Erfolgshaftung aus sozialen Gesichtspunkten erklärt.

Zweites Kapitel.

Der Fahrlässigkeitsbegriff des § 839 insbesondere.

Nachdem wir soeben im ersten Kapitel die allgemeine Gültigkeit des § 276 nachzuweisen versucht haben, mag es seltsam erscheinen, wenn wir jetzt doch noch einem Fahrlässigkeitsfalle des BGB., nämlich der fahrlässigen Amtspflichtverletzung, eine besondere Untersuchung widmen. Wir tun dies nicht etwa nur, um unser Ergebnis nachzuprüfen, oder um eine diesem Ergebnis für § 839 widersprechende Ansicht in der Literatur zu widerlegen; sondern weil es beim Beamtendelikt, wegen der in die Materie hineinspielenden öffentlich-rechtlichen Momente, fraglich sein kann, ob die Pflicht, die der Beamte verletzt, eine soziale oder eine staatsrechtliche ist, daher auch, ob der Grund der Haftung der gleiche wie in § 276 ist, oder ein anderer. Ein Überblick über die geschichtliche Entwicklung der Lehre von der Beamtenhaftung, sowie über die Literatur zu § 839, wird deutlich zeigen, daß, abgesehen von einigen jetzt nur wenig noch interessierenden gemeinrechtlichen Streitigkeiten, im wesentlichen es stets eben dieser Grund der Haftung ist, worüber die Meinungen auseinander gingen und gehen. Nur darin hat wohl immer Einigkeit geherrscht, daß eine Haftung quasi ex contractu abzulehnen sei (vgl. dazu noch insbesondere die Abhandlung von Boden, namentlich S. 261—263).

Im allgemeinen können wir gleich hier vorweg bemerken, daß stets zugegeben worden ist, daß eine Amtspflichtverletzung nur in einer fehlerhaften amtlichen Handlung gesehen werden könne, nicht in schädigenden Handlungen, die ein Beamter

gelegentlich der Ausübung seines Amtes begangen hat[1]). Ferner besteht kein Streit darüber, daß dem geschädigten Dritten Ersatz zu leisten ist. Auch hat man, mit Ausnahme der jüngsten gemeinrechtlichen Doktrin, wie sie namentlich von Klewitz vertreten wird (vgl. unten S. 42ff.), stets eine persönliche Haftung der Beamten verlangt.

I. Zur Geschichte der Lehre von der Beamtenhaftung.

Die Entwicklung der Lehre kann hier natürlich nur in großen Zügen gekennzeichnet werden, da die Einzelheiten für unser Thema nicht interessieren. Wir verweisen daher für diese auf die ausführlichen Darstellungen namentlich des römischen und gemeinen Rechts bei Haffner, Die civilrechtliche Verantwortlichkeit der Richter, S. 3—78, Klewitz, Entschädigungsansprüche usw., S. 3—20, Rothschild, Haftung der Justizbeamten und des Staates usw., S. 11—49, Siegel, Schadenersatzpflicht der Beamten, S. 9—19, sowie auch auf die Übersicht in den Motiven, Bd. II, S. 819ff.

1. Römisches Recht.

Das römische Recht bietet für die Lehre von der Beamtenhaftung nur wenig Anhaltspunkte, doch baut sich im wesentlichen auf diesen die gemeinrechtliche Lehre auf. In Betracht kommen die actio contra iudicem qui litem suam fecit und die actio subsidiaria. —

Die wichtigsten Stellen für die actio contra iudicem sind:

Dig. 5, 1, 15 § 1: Iudex tunc litem suam facere intellegitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit (dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur eius vel gratia vel inimicitia vel etiam sordes), ut veram aestimationem litis praestare cogatur.

Dig. 50, 13, 6: Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur: sed quia neque ex contractu obligatus est [et] utique peccasse aliquid intellegitur,

[1]) Vgl. z. B. Klewitz, Entschädigungsansprüche aus rechtswidrigen Amtshandlungen, S. 92, Delius, Haftpflicht der Beamten, S. 25.

licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri (in factum actione, et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis visum fuerit, poenam sustinebit).

Die zweite Stelle findet sich wiederholt in Dig. 44, 7, 5 § 4, doch fehlen hier die oben in ( ) gesetzten Worte.

Gottfried Weber, in Lindes Zeitschrift Bd. VII, 1834, S. 1ff., erklärt sich für ausschließliche Geltung der Stelle Dig. 5, 1, 15; die andere Stelle sei unverständlich und wahrscheinlich entstellt. Demnach will er den Richter nur für dolus haften lassen. Weber steht aber mit seiner Ansicht allein. Die herrschende Ansicht geht dahin, daß die Stelle Dig. 50, 13, 6 wohl zu verstehen sei, und daß der Richter für dolus und imprudentia hafte (vgl. Haffner S. 12). Haffner (S. 19) nimmt an, daß zwei Klagen nebeneinander gegen den ungerechten Richter gegeben sein sollten, mit verschiedenen Rechtsfolgen, eine deliktische actio ex maleficio wegen dolus, und eine quasideliktische actio in factum wegen der imprudentia[1]). Klewitz nimmt dagegen das Bestehen nur eines Klagerechtes, einer actio in factum an (S. 5ff.; S. 7, 10), ebenso neuerdings auch Pernice in der 2. Aufl. des Labeo, 2. Abteilung des II. Bds., S. 169, unter Verweisung auf Lenel, Edict., S. 136f.

Was unter imprudentia zu verstehen sei, ist sehr bestritten[2]). Einige erklären sie für culpa lata (Sintenis, Civilrecht S. 780 in der Anmerkung; Arndts, Pandekten, § 338 unter 1; Windscheid, Pandekten, § 470, Anmerkung 1), andere für culpa levis (Haffner, S. 18, unter Anwendung des Maßstabes eines diligens iudex; eine „individualisierte omnis culpa." Ferner Dernburg, Pandekten, Bd. II, 6. Aufl., § 135, S. 369, Anmerkung 6), wieder andere für einen Begriff öffentlichrechtlicher Natur (Usteri, Privatrechtliche Verantwortlichkeit des römischen Richters, S. 51ff.; Klewitz, S. 13; Hüssener, Civilrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten, S. 8, 9). —

Für die actio subsidiaria (actio tutelae contra magistratus)

---

[1]) Ebenso Windscheid, Pandekten Bd. II, § 470, Anmerkung 1, jedoch mit anderer Erklärung der imprudentia als Haffner; siehe unten.

[2]) Vgl. dazu auch Pernice, a. a. O., S. 9—11 und S. 170

ist maßgebend Dig. 27, 8 und Cod. 5, 75, 5. Die Obervormundschaft wurde von den Munizipalmagistraten ausgeübt. Die Fürsorge für den Mündel war aber auf einzelne bestimmte Aufgaben beschränkt, eine allgemeine Fürsorge stand der Behörde nicht zu. Daher wurde der Behörde die Haftung für omnis culpa auferlegt (Dig. 27, 8, 4: magistratus quidem in omne periculum succedit; l. 9: eadem in magistratus competit actio quae competit in tutores); sie hatte dem Mündel den ganzen durch ihr Verschulden entstandenen Schaden zu ersetzen. Jedoch war die Klage nur gegeben, soweit nicht der Mündel von anderer Seite Ersatz erlangen konnte (vom Vormund, dessen Erben und Bürgen, usw.).

Weitere Fälle der Beamtenhaftung kennt das römische Recht nicht.

Was uns besonders interessiert, ist die Unsicherheit, die sich schon hier in den Digesten bei Begründung der Haftung zeigt. Ein Vergehen liegt vor; aber der iudex ist doch eigentlich nicht aus einem „maleficium" haftbar zu machen; dann muß er also, weil ein Kontraktsverhältnis jedenfalls nicht vorliegt, „quasi ex maleficio" haften. Das ist die nicht sehr tief gehende Argumentation der Quellen[1]). Bei der actio subsidiaria wird der Grund der Haftung offenbar dem der Haftung des tutor gleichgestellt.

2. Die Syndikatsklage des gemeinen Rechts.

Im gemeinen Recht war, bei der Unklarheit der Quellen, die Lehre von der Beamtenhaftung äußerst umstritten. Die sehr verwickelten und zahlreichen Streitfragen hier auch nur einigermaßen eingehend zu behandeln, würde zu weit führen. Sie können nur kurz angedeutet werden.

Die actio contra iudicem heißt im gemeinen Recht Syndikatsklage (die Entstehungsgeschichte dieses Namens ist bekannt). Mit der Syndikatsklage beschäftigen sich auch mehrere deutsche Reichsgesetze, von denen die wichtigsten die Reichskammergerichtsordnung von 1555 (Teil III, Tit. 53, §§ 5, 6, 10) und der Jüngste

[1]) Vgl. hierzu Brinz, Pandekten, II. Bd., 1. Abt., 2. Aufl., 1879, S. 160, § 251, Anmerkung 4 am Ende.

Reichsabschied von 1654 (Art. 157) sind, welche die Haftung auf Betrug, Arglist „oder andere dergleichen Ursachen“ beschränken. Im einzelnen herrscht über den Inhalt dieser Gesetze Streit. Bestritten ist auch, ob durch diese Gesetze gemeines Recht geschaffen worden sei [1]), oder ob sie nur für das Reichskammergericht selbst gültig gewesen seien, so daß lediglich das römische Recht Anwendung zu finden habe [2]), oder ob wenigstens gewohnheitsrechtlich sich ein mit den Reichsgesetzen übereinstimmendes Recht gebildet habe [3]).

Ferner gingen die Meinungen sehr auseinander über den Grad von Verschulden, den der Beamte zu vertreten habe. Nur für dolus wollen ihn haften lassen Gfr. Weber, S. 11ff., Schwarze, in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung für das Königreich Sachsen, Bd. XI, S. 113ff., Rothschild, S. 33, 29; für culpa lata Sintenis, Bd. II, § 125, S. 780, Anmerkung 38, Windscheid, Bd. II, § 470, Anmerkung 1; für omnis culpa Mühlenbruch, Teil II, § 499, Haffner, S. 61 (dieser für die Sorgfalt eines ordentlichen Richters; vgl. oben S. 35) [4]). Auf die von Klewitz vertretene Ansicht werden wir unten noch ausführlich zurückzukommen haben, da diese auch heute noch von Interesse ist, und Klewitz auch schon den Entwurf zum BGB. kennt. Die Praxis war schwankend, doch neigte sie dazu, eine Haftung für omnis culpa anzuerkennen; vgl. die bei Windscheid, § 470, Anmerkung 3, zitierten Entscheidungen.

Eine weitere Streitfrage war die, ob die Syndikatsklage gegen alle Beamten gegeben sei, so daß die actio subsidiaria nicht mehr in Betracht komme, oder ob die Syndikatsklage nur gegen den Richter gehe und im übrigen die bei omnis culpa gegebene actio subsidiaria auf alle anderen Beamten auszudehnen

---

[1]) So Sintenis, S. 778, Anmerkung, Windscheid, § 470, Anmerkung 1, Baron, Pandekten (1879) § 322, S. 513, Rothschild, S. 29, u. a.

[2]) Haffner, S. 55—58; Klewitz, S. 18; Mühlenbruch, Pandekten, Bd. II, § 449.

[3]) Hüssener, S. 15; Nöldeke in Gruchots Beitr. Bd. 42, S. 799f.

[4]) Vgl. des ferneren die Angaben über die ältere gemeinrechtliche Literatur bei Usteri, S. 55, Anmerkung 5.

sei. Die erste Ansicht wird vertreten von Sintenis, Bd. II, S. 776ff., Windscheid, § 470 bei Anmerkung 2, Haffner, S. 67 und 75ff., Klewitz, S. 30ff.; die zweite in einer Entscheidung in Seufferts Archiv, Bd. 30, S. 370—395, und von Schwarze, S. 144, Rothschild, S. 36ff., Nöldeke, S. 801.

Natürlich herrschte auch über den Grund der Haftung Streit. Einige wollen eine Haftung nur auf Grund öffentlichen Rechtes eintreten lassen und verweisen daher die gesamte Materie ins Staatsrecht[1]). Die Mehrzahl der Schriftsteller sehen jedoch die Haftung als eine privatrechtliche an.

3. Die Partikulargesetzgebungen.

Gegenüber dieser Zerrissenheit des gemeinen Rechts haben die Landesgesetzgebungen vielfach versucht, die Haftung der Beamten klarer zu normieren, ohne daß es jedoch wenigstens hier gelungen wäre, alle Streitfragen abzuschneiden. Diese Gesetze sind aus dem Grunde von besonderem Interesse, weil sie wohl zum Teil als Vorbilder für das BGB. gedient haben.

Eine sehr strenge Haftung setzt das preußische Allgemeine Landrecht fest. Die betreffenden Vorschriften geben wir vollständig wieder, weil wir später Gelegenheit haben werden, darauf zurückzukommen. Sie finden sich in Buch II, Tit. 10, und lauten:

§ 88. Wer ein Amt übernimmt, muß auf die pflichtmäßige Führung desselben die genaueste Aufmerksamkeit wenden.

§ 89. Jedes dabey begangene Versehen, welches bey gehöriger Aufmerksamkeit und nach den Kenntnissen, die bey der Verwaltung des Amtes erfordert werden, hätte vermieden werden können und sollen, muß er vertreten.

§ 90. Vorgesetzte, welche durch vorschriftmäßige Aufmerksamkeit die Amtsvergehungen ihrer Untergebenen hätten hindern können, sind für den aus Vernachlässigung dessen

---

[1]) Sintenis, Bd. II, § 119, Anmerkung 11, S. 693, v. Völderndorff im Archiv für praktische Rechtswissenschaft, Bd. XII, N. F., S. 29—34, Usteri, S. 36ff., 49, 50, 59; vgl. ferner die bei Klewitz, S. 70ff., angeführte Literatur. De lege ferenda vertritt auch Klewitz selbst diesen Standpunkt; vgl. unten S. 43.

entstehenden Schaden sowohl dem Staate, als einzelnen Privatpersonen, welche darunter leiden, verhaftet.

§ 91. Doch findet in beiden Fällen (§§ 89, 90) die Vertretung nur alsdann statt, wenn kein anderes gesetzmäßiges Mittel, wodurch den nachteiligen Folgen eines solchen Versehens abgeholfen werden könnte, mehr übrig ist.

Für die Justizbeamten findet sich ferner noch eine Bestimmung in der Allgemeinen Gerichtsordnung, III, 1, § 23:

Wenn bei diesen (Disziplinar-) Untersuchungen sich veroffenbaret, daß ein solcher Justizbedienter wirklich seine Pflicht vernachlässigt, oder aus den Augen gesetzt, eine Ungerechtigkeit verübt, den Vorschriften der Gesetze und den Obliegenheiten seines Amtes zuwidergehandelt habe; so soll derselbe zuvörderst, allen der Partei dadurch verursachten Schaden sofort zu ersetzen, ohne prozessualische Weitläufigkeiten, mittelst Exekution angehalten, außerdem aber mit . . . Strafen belegt werden.

Nach dem Wortlaute des § 89 („ . . . hätte vermieden werden können") scheint es allerdings zunächst so, als ob der Maßstab eines ordentlichen Durchschnittsbeamten maßgebend sein solle. Die folgenden §§ lassen aber wohl kaum einen Zweifel darüber, daß die Haftung eine strengere sein sollte. So hat denn auch die Judikatur in zahlreichen Entscheidungen eine Haftung des Beamten für jedes Versehen angenommen, ohne Rücksicht auf irgendwelche Entschuldigungsgründe subjektiver Art. Anstatt vieler sei hier nur die Entscheidung des Reichsgerichts vom 24. September 1885 zitiert (bei Bolze Bd. II, Nr. 555); auf diese Entscheidung werden wir noch unten zurückzukommen haben.[1])

Für das französische Recht ist maßgebend Artikel 505 des code de procédure civile, nach welchem die Richter in Anspruch genommen werden können, wenn sie sich der Arglist, des Betruges, der Erpressung, oder der Justizverweigerung schuldig

---

[1]) Eine Milderung der Haftung des Spruchrichters, ähnlich der in § 839, Abs. 2 des BGB., wurde, allerdings gegen das Gesetz, herbeigeführt durch ein Präjudiz des Obertribunals vom 6. März 1838 (Entscheidungen des Obertribunals Bd. III, Nr. 30, S. 253ff.).

gemacht haben. Auch kommt, für die Haftverhängung, der Artikel 2063 des code civil in Betracht.

Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen läßt in § 1506 den Spruchrichter und den Beamten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sowie in § 1507 den Verwaltungsbeamten in gleicher Weise für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haften.

Das österreichische Gesetz vom 12. Juli 1872 (Reichsgesetzblatt S. 349) gibt in § 1 der durch eine Amtspflichtverletzung des Richters „beschädigten Partei" das Recht, wahlweise, gegen den Beamten allein, oder gegen den Staat allein, oder gegen beide, auf Schadensersatz zu klagen.

Nicht in Betracht kommt das Reichsbeamtengesetz vom 31. März 1873. Die Bestimmung des § 13, daß die Reichsbeamten für die Gesetzmäßigkeit ihrer Amtshandlungen zu haften haben, will nur überhaupt die Zulässigkeit der gerichtlichen Verfolgung der Reichsbeamten aussprechen. Vgl. zu dieser Bestimmung Klewitz, S. 22, Anmerkung 1, Delius, S. 30, Anmerkung 1, Meltz, S. 3. —

In allen den erwähnten Gesetzen wird die Haftung offenbar als eine zivilrechtliche angesehen; eine Normierung der Haftung des Staates, wie sie von den Vertretern der staatsrechtlichen Theorie verlangt wird, ist, außer in dem österreichischen Gesetze, nur in den Landesgesetzen einiger wenig bedeutenden deutschen Staaten vorgenommen worden und in einigen die Grundbuchbeamten betreffenden Gesetzen; vgl. Klewitz, S. 83.

II. Literatur und Judikatur zu § 839, Absatz 1, Satz 1.

Das BGB. bestimmt in § 839: „Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen"[1]). Damit ist entschieden, daß der Beamte für alle Grade des Verschuldens aufzukommen hat, und daß die Haftung als eine zivilrechtliche zu betrachten ist.

[1]) Zur Entstehung der Vorschrift vgl. Protokolle, Bd. II, Nr. 159, S. 658ff.; Nr. 176, S. 842ff.

In der Literatur besteht aber der gemeinrechtliche Streit in etwas veränderter Form weiter. Auf der einen Seite wird die Ansicht vertreten, daß hier der Fahrlässigkeitsbegriff des § 276 Anwendung finde und daß demgemäß das Vorhandensein der Fahrlässigkeit durch Anlegung eines objektiven Maßstabes an die schädigende Handlung des Beamten festgestellt werden müsse. Andere Schriftsteller, die für kontraktliches Verschulden die Notwendigkeit eines objektiven Maßstabes anerkennen, wollen diesen und damit auch den § 276 auf die Haftung der Beamten nicht anwenden, sondern allein nach dem individuellen Verhalten des Beamten feststellen, ob er fahrlässig gehandelt hat oder nicht.

Nach diesen beiden Gesichtspunkten wollen wir die Literatur zunächst ordnen. Eine weitere Einteilung nach dem Grunde der Haftung werden wir später vornehmen können. Soweit nicht der Grund der Haftung in Frage kommt, werden wir an den verschiedenen Schriftstellern gleich bei der Darstellung ihrer Lehre Kritik üben.

a) Die objektive Theorie.

Delius, S. 30f., führt aus: Maßgebend sei § 276. Es genüge nicht, daß der Beamte beim Handeln keine schädlichen Folgen für andere sehe oder beabsichtige, sondern der Beamte sei auch zu der Überlegung verpflichtet, ob dieselben nicht möglich seien, und habe für die Abwendung der möglichen Sorge zu tragen[1]). Der Beamte hafte nicht nur für grobes Versehen, vielmehr jede, auch die geringste Außerachtlassung der Sorgfalt eines „ordentlichen Hausvaters" mache ihn haftbar. Die Haftung sei also eine recht strenge; sie decke sich mit der des ALR[2]). Ob Fahrlässigkeit vorliege, sei nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurteilen. Eine Individualisierung sei aber unzulässig, die Beamten derselben Kategorie seien durchweg gleichmäßig zu behandeln. Denn der Dritte könne sich den Beamten nicht aus-

[1]) Dies trifft nicht zu. Ob der Beamte den Schaden voraussehen kann oder nicht, ist gleichgültig; es fragt sich nur, ob er die Verletzung seiner Amtspflicht voraussehen kann. Vgl. Crome, Bd. II, S. 1037, Oertmann, S. 987, Anmerkung 3 zu § 839, und Staudinger (Kober und Engelmann) S. 928 mit weiteren Zitaten; auch unten bei Rothschild.

[2]) Das wird schwerlich aus § 276 herauszulesen sein.

wählen. Der „Prüfstein“ sei die Sorgfalt, wie sie der Durchschnittsbeamte anzuwenden pflegt. (Dies harmoniert wenig mit der Auffassung Delius', daß sich die Haftung mit der des ALR. decke.)

Hüssener, S. 23, beschränkt sich darauf, zu sagen, daß § 276 anzuwenden sei, und daß fahrlässiges Verschulden des Beamten vorliege, „wenn die Handlung durch Außerachtlassung der im Verkehr üblichen (!) Sorgfalt verursacht (!) sei“.

Rothschild, S. 65, sagt: „Die Voraussehbarkeit des Schadens ist nicht erforderlich, vielmehr ist es ausreichend, daß der Beamte bei pflichtgemäßer Überlegung die Amtspflicht nicht verletzt haben würde. Die Fahrlässigkeit beurteilt sich nach den Umständen des einzelnen Falles (vgl. § 276 BGB.).“

Die objektive Theorie wird außerhalb der Spezialliteratur zu § 839 allgemein vertreten, so daß sie als die herrschende anzusehen ist. Ausdrücklich wird die Anwendbarkeit des § 276 hervorgehoben von Wendt, S. 444, Oertmann, S. 987, Anmerkung 3 zu § 839 (unter Verweisung auf Delius), Staudinger (Kober und Engelmann), S. 929 unter β (wo auch von einem „pflichtgetreuen Durchschnittsbeamten“ gesprochen wird), Weyl, S. 557 unter h α α'; ferner von Hagen in Gruchots Beiträgen Bd. 43, S. 852 oben.[1])

b) Die subjektive Theorie.

Wir geben hier zunächst die Ansicht eines gemeinrechtlichen Schriftstellers wieder, Klewitz, dem aber, wie oben erwähnt worden ist, der Entwurf zum BGB. bereits vorgelegen hat. Er hat sich der Richtung in der Literatur angeschlossen, die die Beamtenhaftung ganz auf eine staatsrechtliche Grundlage stellen will; so daß wir hier zugleich Gelegenheit haben, diese Ansicht genauer als bisher geschehen vorzutragen. Er führt, S. 20ff., etwa folgendes aus:

Wenn man die zivilrechtlichen Begriffe culpa lata und levis

---

[1]) Keine Stellungnahme bei Hachenburg, Vorträge, 1. Aufl. S. 157ff., Otto im Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Process, Bd. IX, S. 24ff., Schneider im Archiv für die civil. Praxis, Bd. 91, S. 209ff., die sich also wohl der herrschenden Meinung anschließen.

auf die Beamtenhaftung anwende, berücksichtige man nicht genügend die rein publizistische Grundlage, auf welcher die Stellung des Beamten beruhe. Der Maßstab für die culpa sei ja doch „auf das wirtschaftliche Alltagsleben berechnet, in welchem sich die Privaten als Subjekte individualistischer Vermögenssphären gegenüberstehen und als solche die Beobachtung einer gewissen gegenseitigen und . . . je nach Beschaffenheit der Umstände . . . verschiedenen Diligenz beanspruchen können, während der . . . Beamte die Richtschnur für sein amtliches Verhalten nicht in derartigen Verkehrsrücksichten, vielmehr ausschließlich in dem ihm aus der Amtsübernahme erwachsenen öffentlichrechtlichen Pflichten findet, deren Erfüllung überall mit derselben Aufmerksamkeit und Gewissenhaftigkeit zu geschehen hat.“ „Selbst wenn man den Maßstab eines diligens pater familias durch den eines diligens iudex ersetzen wollte, sind diese Bedenken nicht zu überwinden.“ Die Verschuldensfrage müsse daher aus einem selbständigen, der staatsrechtlichen Stellung des Beamten entsprechenden Gesichtspunkte gelöst werden. Es sei stets „unter sorgfältigster Berücksichtigung der Gesamtheit der begleitenden Thatumstände“ (S. 27) festzustellen, „ob ein begangener amtlicher Fehler auf einem Mangel an Gewissenhaftigkeit[1]) beruht oder in den thatsächlichen Verhältnissen seine Erklärung und Entschuldigung findet“ (S. 22). „Jeder Versuch, in abstracto die Lösung zu finden, führt auf Abwege“ (S. 23).

De lege ferenda verlangt Klewitz die primäre Haftung des Staates für jeden von seinen Beamten durch amtliche Handlungen angerichteten Schaden, unabhängig vom Nachweise einer Pflichtwidrigkeit. Die persönliche Haftung des Beamten dem Staate gegenüber sei dann als rein interne Frage zu behandeln und praktisch im direkten Zusammenhange mit dem Disziplinarverfahren zu erledigen (S. 120). Er begründet seine Forderung, im Anschluß an Pfeiffer, Schwarze, Zachariae, folgendermaßen (S. 70ff.): Das Amt habe eine repräsentative Bedeutung. Die Persönlichkeit des Beamten trete ganz zurück. Der Beamte sei nur Organ des Staates, seine Handlungen seien daher als Hand-

[1]) Damit soll jedenfalls auf moralisches Verschulden gezielt werden.

lungen des Staates anzusehen. Folglich habe auch der Staat selbst die Haftung zu übernehmen (S. 90—96). Ferner spreche für die Haftung des Staates „das Subjektionsverhältnis der Unterthanen zum Staate." Der Untertan habe „keine Freiheit bezüglich des behördlichen Verkehrs" (S. 96—100)[1]). Endlich bestehe entsprechend den Pflichten der Untertanen gegenüber dem Staate eine allgemeine Schutzpflicht des Staates gegenüber den Untertanen (S. 100, 101).

Dieselbe Forderung mit derselben Begründung hatte schon vor Klewitz Pfizer im Archiv für die civil. Praxis, Bd. 72, S. 73ff., aufgestellt; auf diesen Aufsatz brauchen wir daher nicht weiter einzugehen.[2])

Die Ausführungen von Boden im Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, Bd. II, S. 244ff., decken sich vielfach mit denen von Klewitz, den Boden nicht erwähnt und anscheinend auch ebensowenig wie die Vorgänger Klewitz' kennt; denn S. 254 meint er, Bedenken gegen eine Haftung des Beamten nach den bei Kontrakten geltenden Grundsätzen seien eigentlich niemals zur Sprache gekommen. Im wesentlichen sagt er folgendes: Nachteile lasse die moderne Gesetzgebung (ALR., code civil und de proc., Preuß. GBO., BGB.), soweit es sich um Fahrlässigkeit handle, nur auf Grund eines Mangels im Willen eintreten, also auf Grund eines moralischen Mangels. Dieser Willensmangel

[1]) Ähnlich Usteri, S. 38, und Rothschild, S. 110.

[2]) Von Loening, Haftung des Staates usw., wird diese Lehre bekämpft (S. 99—109, 116, 117). Soweit eine Haftung des Staates anzunehmen sei, könne der Grund der Haftung in dem repräsentativen Charakter des Amtes nicht gesehen werden, da sich das rechtswidrige Verhalten des Beamten als ein vollmachtwidriges Handeln darstelle, ein solches aber den Vollmachtgeber nicht verpflichten könne. Auch auf culpa des Staates bei Anstellung und Beaufsichtigung der Beamten könne die Haftung nicht gestützt werden, denn als juristische Person sei der Staat einer culpa überhaupt nicht fähig. Ein Grund für eine Haftung des Staates könne nur in der rechtlichen Natur einzelner Funktionen gesehen werden, welche die Beamten im Namen des Staates auszuführen hätten. Loening kommt zu dem Resultat (S. 117—135), daß de lege lata die Ersatzpflicht des Staates im allgemeinen zu verneinen sei; de lege ferenda erkennt er sie für gewisse amtliche „Vollzugshandlungen" und einzelne Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit an.

Vgl. zur Entwicklung der Lehre auch Rothschild, S. 105ff.

bestehe in einem Fehlen des Willens zur Erkenntnis. Darauf werde aber in der Praxis keine Rücksicht genommen, vielmehr lasse man, entgegen dem Gesetz, für jeden objektiven Fehler die Haftung eintreten. Das liege daran, daß die römischen Juristen jeden solchen objektiven Fehler auf mangelnde Aufmerksamkeit zurückgeführt hätten (S. 261). Tatsächlich liege also eine reine Erfolgshaftung vor. Diese sei auch für kontraktliches Verschulden zutreffend, da der Grund der Haftung hier darin zu sehen sei, daß der Schuldner für einen Erfolg garantiere. Dieser Grund komme bei außerkontraktlichem Verschulden nicht in Betracht; hier sei es lediglich die Entrüstung über einen moralischen Mangel, der die Statuierung der Haftung veranlaßt habe (S. 260, 263). Infolgedessen dürfe aber auch das Vorhandensein von Fahrlässigkeit nur aus dem individuellen Verhalten des Täters hergeleitet werden. Denn eine Steigerung der Erkenntnisfähigkeit durch den Willen bis zu jedem beliebigen Grade sei unmöglich, Erkenntnis und Wille zur Erkenntnis seien durchaus nicht proportional (S. 258, 259). Auch sei zu bedenken, daß zwischen verschiedenen Menschen eine Verschiedenheit der Intelligenz bestehe, ein Moment, das viel wichtiger sei als der Wille. Eine analoge Verwendung des kontraktlichen Verschuldensbegriffes sei aber auch aus dem Grunde unmöglich, weil es sich hier gar nicht um einen Erfolg handle; soweit aber kein Erfolg garantiert werde, könne eben lediglich der Willensmangel in Betracht kommen. Das gelte auch für den Dienstvertrag (S. 261, 262). Die primäre Haftung des Staates hält auch er für wünschenswert (S. 264).

Zunächst ist es als ein Irrtum zu bezeichnen, wenn Boden meint, die Judikatur lasse schon auf Grund eines objektiven Fehlers eine Haftung eintreten. Wie oben S. 13f. ausgeführt worden ist, stellt auch die Judikatur immer die Umstände des einzelnen Falles genau fest und bemißt danach die Haftung. Bei Boden scheint übrigens ein Mißverständnis die Veranlassung zu seiner Theorie zu sein. Es scheint, als ob er die Unterscheidung von subjektivem und objektivem Maßstab in dem Sinne aufgefaßt hat, daß die Anwendung eines subjektiven Maßstabes einer Haftbarmachung auf Grund moralischen Verschuldens gleichstehe, während in Anwendung eines objektiven Maßstabes die

Statuierung einer Erfolgshaftung zu sehen sei. Wir haben diese Ansicht bereits oben S. 27 kritisiert. — Nicht richtig ist ferner, daß im Falle des § 276 ein Erfolg garantiert werde und daher § 276 auf den Dienstvertrag so wenig wie auf das Beamtendelikt Anwendung finden könne; vielmehr wird nur die verkehrsmäßige Erfüllung der Verbindlichkeit garantiert, eine Erfüllung nach besten Kräften, wie es Treu und Glauben entspricht, nicht aber ein bestimmter Erfolg. Wegen der individuellen Auffassung der Haftung für unerlaubte Handlungen können wir auf unsere Ausführungen oben S. 27ff. verweisen.

Bei seiner Kritik der Reichsgerichtspraxis hebt Boden besonders eine Entscheidung vom 24. September 1885 hervor, die schon oben S. 39 erwähnt worden ist. In dieser Entscheidung, welche bei Bolze, Bd. II, Nr. 555 (nicht 255, wie Boden, S. 246, zitiert) abgedruckt ist, heißt es: „Der Beamte hat für ein bei seiner Amtsführung begangenes geringes Versehen zu haften; er hat auf die pflichtmäßige Führung des Amts die genaueste Aufmerksamkeit zu wenden. ALR. II, 10, §§ 88, 89, AGO. I, 3, § 13. Es widerspricht dem Gesetze, anzunehmen, daß dem festgestellten Versehen aus Rücksichten der Billigkeit der Charakter eines vertretbaren abgesprochen, der Maßstab für die Haftbarkeit nicht dem Gesetze, sondern den Umständen des einzelnen Falles und einem vagen Billigkeitsgefühl entnommen werden dürfte. Insonderheit ist es unerheblich, ob der dem Versehen zu Grunde liegende Irrtum rechtlicher oder thatsächlicher Natur, ob derselbe durch Gleichgültigkeit gegen das öffentliche Interesse, oder durch ungenügende Information bei an sich tadelnswerter Willensrichtung veranlaßt war.“ Dazu bemerkt Boden, S. 246: „Den Maßstab für die Haftung dem Gesetze entnehmen, kann nur heißen: den Beamten stets für haftbar erklären, wenn er etwas nach den Gesetzen Verkehrtes gemacht hat, und unter den Umständen des einzelnen Falles, die das Reichsgericht von der Beurteilung ausschließen will, wird man im wesentlichen die subjektiven Gründe zu verstehen haben, aus denen sich das Versehen erklären und eventuell entschuldigen läßt. Die Entscheidung enthält den Grundsatz ausgesprochen, daß nur der gemachte Fehler für die Beurteilung des Falles maßgebend sein

darf, und daß jeder Fehler regelmäßig als ein Verschulden anzurechnen ist.“[1])

M. E. mißversteht Boden die Entscheidung. Der „dem Gesetze zu entnehmende Maßstab“ ist doch offenbar nicht in der gerade von dem Beamten zu handhabenden Bestimmung zu suchen, sondern in den in der Entscheidung angeführten, das Beamtendelikt betreffenden Vorschriften. Das ALR. und die AGO. verlangen aber in diesen Vorschriften, wie wir oben S. 38f. gesehen haben, die genaueste Aufmerksamkeit und die Vertretung jedes Versehens, das von einem derartigen Beamten hätte vermieden werden können. Demnach ist die Entscheidung des Reichsgerichts durchaus dem Gesetze entsprechend. Es ist aber auch wieder, wie schon oben Delius gegenüber geschehen ist (S. 41), hervorzuheben, daß es nicht richtig ist, das preußische Recht dem BGB. gleichzustellen. Für das preußische Beamtenrecht trifft das Schlagwort „Erfolgshaftung“ zu, nicht aber für § 276 BGB. Damit fällt aber auch der Grund für die weitere Polemik Bodens gegen das Reichsgericht weg; denn die sämtlichen weiteren Entscheidungen, die er, als dem geltenden Rechte nicht entsprechend, anführt, sind ebenfalls für das preußische Recht erlassen (Bolze, Bd. I, 526, VII, 276, IX, 187, XIII, 218, XVII, 185, Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, Bd. 41, Nr. 54). —

Der Abschnitt über das Verschulden bei Meltz, S. 17ff., ist im wesentlichen eine Wiederholung von Bodens Ausführungen, doch wird auch Klewitz berücksichtigt (S. 21, 24, 28, 29). S. 22 wird noch besonders betont, daß der Begriff „ordentlicher Beamter“ praktisch deshalb durchaus unbrauchbar sei, weil sich an geistige Arbeit kein allgemein geltender Maßstab legen lasse. Das dürfte denn doch eine zu einseitige Betonung der Tätigkeit des höheren Beamten sein. Wenn man Meltz beipflichten wollte, würde man zu einem verschiedenen Maßstabe für höhere und niedrigere Beamte kommen, was gewiß recht bedenklich wäre; oder der Richter müßte sich die Kompetenz absprechen, zu beurteilen, wie die „geistige Tätigkeit“ eines Schutzmanns oder

[1]) Meltz übt, S. 17, 18, dieselbe Kritik an der Entscheidung, die er nach Gruchot, Bd. 30, S. 137ff. zitiert.

Gerichtsdieners bei einem ordentlichen Beamten dieser Kategorien funktioniert (Meltz, S. 22). — Auf S. 23 heißt es, eine Verkehrssitte lasse sich für das Verhältnis des Beamten zu den Privaten überhaupt nicht konstruieren; so daß diese als Maßstab auch nicht in Betracht kommen könne. Das können wir gegenüber unserer Feststellung des Verkehrsbegriffes, oben S. 6 ff., nicht gelten lassen. — S. 26 kommt Meltz zu dem folgerichtigen, aber bedenklichen Resultat, daß bei der von ihm vertretenen Auffassung des Fahrlässigkeitsbegriffes in § 839 die ganze praktische Bedeutung der Bestimmung des § 839 wegfalle, denn der Kläger werde in den bei weitem meisten Fällen eine Fahrlässigkeit des Beamten in Meltz' Sinne nicht nachweisen können.

Die Ausführungen Siegels, S. 32ff., bieten ihrerseits nur eine Wiederholung derjenigen von Meltz.

Nöldeke sagt in Gruchots Beiträgen, Bd. 42, S. 813, den Beamten mache nicht schon ein gesetzwidriges Verhalten als solches haftbar, ohne Rücksicht auf die besonderen Umstände des Falles; sondern nur dann, wenn er seine Amtspflicht vorsätzlich verletzt habe oder unter Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, was nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurteilen sei. Als Maßstab für die anzuwendende Sorgfalt sei die eigene Urteilsfähigkeit und Einsicht des Beamten anzusehen. — Nöldeke vertritt also offenbar die von v. Liszt für § 276 verfochtene subjektive Theorie; so daß der Tadel, Nöldeke widerspreche sich selbst, wenn er erst die Fahrlässigkeit des Beamten in der Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt sehe, dann aber die eigenen Fähigkeiten des Beamten in Betracht ziehe (Meltz S. 20), — wenn der Tadel in dieser Form berechtigt ist — auch v. Liszt trifft. —

Wir gehen jetzt zur Besprechung der Judikatur über. Die Judikatur zu § 839, die noch nicht sehr umfangreich ist, vertritt die objektive Theorie. Fahrlässigkeit wird insbesondere angenommen, wenn ein Beamter klare und unzweideutige Vorschriften, wie Gesetze, Verordnungen, dienstliche Anweisungen u. ä., nicht oder unrichtig anwendet (Entscheidungen des Reichsgerichts, Bd. 57, S. 279, und 60, S. 392 ff.); ferner, wenn der Beamte beim Herauskommen neuer Gesetze sich nicht rechtzeitig mit diesen vertraut

gemacht hat, soweit sie für die Ausübung seines Amtes in Frage kommen (vgl. OLG. Dresden, in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, Bd. 5, S. 210ff.). Dagegen wird eine Verletzung der Amtspflicht nicht in einer unrichtigen oder der herrschenden Ansicht nicht folgenden Auslegung unklarer oder lückenhafter Gesetze gesehen (Entscheidungen des Reichsgerichts, Bd. 59, S. 381ff., OLG. Jena, im Recht, 1903, S. 209ff.). Auch aus der Unterlassung der nochmaligen Prüfung einer schwierigen Rechtsfrage in jedem einzelnen Falle wird dem Beamten kein Vorwurf gemacht (Reichsgericht bei Soergel, Rechtsprechung 1906, S. 255, Nr. 3).

III. Der Grund der Haftung beim Beamtendelikt.

Wenn wir jetzt noch einmal rekapitulieren, wie die Haftung der Beamten in der Literatur begründet wird, so können wir im wesentlichen zwei Theorien unterscheiden. Nach der einen Theorie ist die Amtspflichtverletzung des § 839 ein Privatdelikt, die Beamtenhaftung also eine zivilrechtliche. Im einzelnen trennen sich dann die Meinungen. Die einen wollen einen objektiven Maßstab an die von dem Beamten anzuwendende Sorgfalt legen (die Anhänger der „objektiven Theorie", oben S. 41f.); die anderen einen subjektiven (Boden, Nöldeke)[1]), und zwar diese teilweise mit der Begründung, daß die für § 839 in Betracht kommende deliktische Haftung eine andere sein müsse als die kontraktliche (Boden, Meltz, Siegel). — Nach der anderen Theorie macht die Amtspflichtverletzung staatsrechtlich haftbar. Der Geschädigte kann als Staatsbürger Ersatz verlangen, und zwar, wie Usteri, S. 59, meint, vom Beamten als dem Organ des Staates persönlich, nach Klewitz aber vom Staat, der für die Vergehungen seiner Organe selbst primär eintreten müsse; gegenüber dem geltenden Recht verlangen die Anhänger der staatsrechtlichen Theorie subjektive Beurteilung der Pflichtverletzung, indem sie eine Parallele mit dem Privatrecht für verfehlt erklären.

---

[1]) Hierher sind auch Meltz und Siegel unbedenklich zu rechnen, die zwar das öffentlichrechtliche Moment auch hervorheben, aber daraus keine Argumente für die Regelung der Haftung nehmen.

Soweit die Beamtenhaftung zivilrechtlich begründet wird, können wir eine subjektive Beurteilung nach dem im ersten Kapitel Gesagten nicht als richtig anerkennen.

Es bleibt demnach nur noch übrig, zu prüfen, ob in der Tat die Haftung der Beamten aus öffentlichrechtlichen Gründen normiert worden ist.

Womit wird diese Ansicht begründet? Der Beamte trete nur als Organ des Staates in Tätigkeit; dementsprechend stehe ihm der Dritte in seiner Eigenschaft als Staatsbürger gegenüber. Folglich sei jede privatrechtliche Analogie ausgeschlossen. — Auch hier müssen wir wieder, wie oben S. 9f. beim Worte „Verkehr", bemerken, daß wir die Personifizierung abstrakter Begriffe zur Begründung rechtlicher Beziehungen für sehr unglücklich und auf Abwege führend halten. Zur Erläuterung der Gliederung und des Zusammenhanges staatlicher Einrichtungen kann es ganz lehrreich sein, wenn man sich den Staat als ein lebendes Wesen mit Organen vorstellt, oder als eine komplizierte Maschine, in welcher die Beamten die einzelne Maschinenteile bilden. Man darf darüber aber nicht vergessen, daß man sich eben nur eines Bildes bedient und daß die Beamten in Wirklichkeit nicht Organe oder Maschinenteile, sondern Menschen und Bürger wie jeder andere sind und diese Eigenschaften auch bei der Vornahme von Amtshandlungen nicht verlieren, daher wohl im Stande sind, sie persönlich zivilrechtlich haftbar machende Handlungen dabei vorzunehmen[1]).

M. E. muß man zur Beantwortung der Frage, ob die Beamtenhaftung eine öffentlichrechtliche oder zivilrechtliche ist, unter Zurückgreifung auf die alte Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht des Ulpian in den Digesten, 1, 1, 1 § 2, feststellen, ob sie im öffentlichen Interesse oder im privatrechtlichen besteht. Ein öffentliches Interesse kann ich aber darin nicht verletzt sehen, daß ein Beamter einem Dritten Schaden zufügt, durch Verletzung einer Amtspflicht, die ihm gerade gegen-

[1]) Vgl. Windscheid, Pandekten, § 470, Anmerkung 4. — Besonders scharf wird die oben angegriffene Personifizierung des Staates bekanntlich von Gierke in der „Genossenschaftstheorie" vertreten.

über diesem Dritten obliegt[1]). Ich kann darin nur ein richtiges zivilrechtliches Delikt erblicken. Der Beamte garantiert durch die Übernahme des Amtes die Erfüllung seiner Amtspflichten allerdings zunächst, wie auch äußerlich erkennbar im Diensteid, falls ein solcher erforderlich ist, dem ihn anstellenden Träger staatlicher Hoheitsrechte, zugleich aber m. E. auch dem Publikum, mit dem er amtlich in Berührung kommen wird. Er übernimmt also eine doppelte Pflicht: ganz allgemein eine staatsrechtliche; soweit er aber ins soziale Leben einzugreifen hat, auch eine soziale. Verletzt er seine Amtspflicht schlechthin, so verstößt er gegen das öffentliche Interesse und hat staatsrechtlich (im Disziplinarwege) dafür einzustehen; verletzt er die einem Dritten gegenüber bestehende Amtspflicht[2]), so handelt er außerdem auch noch gegen die von ihm übernommenen sozialen Pflichten. Soweit er aber soziale Pflichten verletzt, ist damit derselbe Grund der Haftung gegeben, wie wir ihn oben als prinzipiell allgemein für das sozial bedeutsame Recht geltend hingestellt haben. Weder für § 839 noch für die Vergehen im Amte des StrGB. können wir daher eine andere Haftung als die allgemein geltende des § 276 anerkennen. Daß wir wegen des Wortes „Verkehr", an dem mehrfach Anstoß genommen worden ist (siehe oben Klewitz, Meltz) keine Bedenken gelten lassen können, haben wir bereits oben S. 48 hervorgehoben[3]) [4]).

---

[1]) Wann dies der Fall ist, darüber Delius, S. 28 unten.

[2]) Worin die einem Dritten gegenüber bestehende Amtspflicht zu sehen ist, muß natürlicherweise nach öffentlichem Rechte bestimmt werden. Vgl. dazu Delius, S. 25, und Nöldeke, S. 812.

[3]) Wegen des Maßstabes „ordentlicher Beamter" vgl. oben S. 16 bei Anmerkung 4.

[4]) Wenn man den staatsrechtlichen Charakter der Haftung anerkennen will, so dürfte Klewitz' Ansicht, daß der Staat die primäre Haftung übernehmen müsse, die folgerichtige sein. Denn ist der Beamte nur Organ, dann muß auch der Staat selbst als der Schädigende und Ersatzpflichtige angesehen werden. Usteri, der trotzdem den Beamten primär haften lassen will (S. 59), ist daher nicht beizustimmen. Gegenüber der Regelung der Beamtenhaftung im BGB. scheint mir aber die subjektive Beurteilung der Fahrlässigkeit (Klewitz), auch wenn man die staatsrechtliche Haftung gelten lassen will, kaum begründet werden zu können, zumal wenn andererseits für § 276 die Notwendigkeit eines objektiven Maßstabes anerkannt wird.

Schließlich sei noch erwähnt, daß die Freiheit der „geistigen Arbeit“ durch den § 839 kaum als gefährdet angesehen werden kann, da allen Unbilligkeiten in reichlichem Maße durch die weiteren Bestimmungen des Paragraphen, wie auch insbesondere durch § 12 der Grundbuchordnung[1]) und manche Landesgesetze[2]) vorgebeugt worden ist. Daß man durch Anwendung des § 276 „geistige Arbeit mit der Elle messe“ (Meltz, S. 22), kann demgegenüber kaum mit Fug behauptet werden[3]). Wir können daher auch de lege ferenda, im allgemeinen, keinen anderen Rechtszustand als den bestehenden wünschen.

---

[1]) Diese Bestimmung, die die primäre Haftung des Staates statuiert, ist als eine auf Billigkeitsrücksichten beruhende Ausnahme vom Prinzip zu betrachten; nicht als ein Bruch mit dem Prinzip. Und die hier normierte Haftung des Staates ist keine öffentlichrechtliche, sondern eine privatrechtliche, wie Rothschild, S. 118, treffend ausführt, da sie nicht auf der Untertaneneigenschaft des Geschädigten beruht, sondern auf der Beeinträchtigung seiner Interessen durch die Amtspflichtverletzung des Beamten.

[2]) Vgl. die Zusammenstellung bei Delius, S. 103 ff.

[3]) Die Ersetzung des Wortes „Entscheidung“ (§ 736, Abs. 3 des Entwurfes) durch „Urteil“ in Abs. 2 des § 839 halte ich für recht unglücklich. Vgl. über die Frage, wie „Urteil“ aufzufassen sei: Schneider, im Archiv für die civil. Praxis, Bd. 91, S. 209 ff., Hagen, in Gruchots Beiträgen, Bd. 43, S. 848 ff., Siegel, S. 65 ff.; namentlich aber Brie, die richterliche Haftung bei Urteilen (§ 839, Abs. 2 BGB.), 1906.